Digitized by Google

8.7.45
13.VII.2
Digitized by Google

Digitized by Google

IL

CODICE DI COMMERCIO

DEL REGNO D'ITALIA

ANNOTATO

PER CURA

del cavaliere

LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO CIVILE E DI PROCEDURA CIVILE E PENALE
NELLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA E FERRARA
ORA CONSIGLIERE DELLA CORTE DI CASSAZIONE SEDENTE IN FIRENZE

PARTE PRIMA

DALLA SOCIETÀ L'UNIONE TIP.-EDITRICE TORINESE

TORINO
Via Carlo Alberto, N° 33,
casa Pomba.

NAPOLI
Strada Fiorentini, N° 26,
piano terreno.

1869

IL

CODICE DI COMMERCIO

ANNOTATO

Digitized by Google

CODICE

DI

COMMERCIO

DEL

REGNO D'ITALIA

ANNOTATO

DAL CAVALIERE

LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO CIVILE E DI PROCEDURA CIVILE E PENALE
NELLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA E FERRARA
ORA CONSIGLIERE DELLA CORTE DI CASSAZIONE SEDENTE IN TORINO

PARTE PRIMA

TORINO
DALLA SOCIETÀ L'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
Via Carlo Alberto, Nº 33, casa Pomba

1868

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Digitized by Google

INTRODUZIONE

Quegli egregi ai quali venne affidato l'onorevole incarico di rivedere la legislazione commerciale vigente in Italia nello scorcio del 1865, ebbero la desiderabile qualità di uomini pratici; essi compresero ciò che si voleva, e ciò che si doveva volere. Senza molto discutere di principii, e senza proporsi quella perfettibilità generale che finisce nella inconclusione, colla sicurezza di chi padroneggia il proprio argomento, videro quanto i reali bisogni del commercio esigessero, e proposero aggiunte, che poi si tradussero in legge, non molte per verità, ma sostanziali, e che io non esito a chiamare preziose. Io credo che per lungo tempo ancora ogni legislazione commerciale, allo svolgere di certi periodi, si troverà in difetto, perchè lo slancio delle industrie e dei commerci tende, direi così, ogni giorno ad oltrepassarla con trovati e combinazioni imprevedute, e mediante quelle portentose conquiste alle quali concorrono tutte le forze della intelligenza, e, per ammirabile concerto, tutti i nuovi portati della scienza e dell'arte. La legislazione commerciale segue calma e riguardosa questo progresso continuo, e di tanto in tanto dice la sua parola; trova una formola per esprimere un avvenimento e dargli l'impronta giuridica; senza definirlo lo regola, e direi quasi lo consacra sotto la disciplina del diritto. La parsimonia del dettato è una virtù del legislatore non meno pregevole della sapienza che vi si racchiude; la libertà desidera e teme ad un tempo la sanzione legislativa; deve sapersi quello che conviene regolare e proteggere, e quello da lasciarsi all'attività libera; un codice pedagogo e dottore può esser buono sino ad un certo punto in procedura; una missione didattica e insegnativa non è quella del Codice di commercio. Io vidi con soddisfazione che la Commissione partecipava questa veduta.

La Relazione ministeriale che precede il Codice è piena di dignità, vera, schietta, semplice e degna dell'alto nome che porta. Senza l'enfasi consueta ad altri lavori di questo genere, indicando man mano le novità del Codice, dovute in massima parte all'opera paziente e fruttuosa delle Commissioni, è tale una prefazione che io non avrei mai potuto agguagliare. Con ottimo consiglio il benemerito Editore la volle unita a questa pubblicazione, considerandola quale parte integrante dello stesso Codice. La Relazione adunque mi dispensa da un confronto fra la nuova e l'antica legislazione, che in ogni altro caso avrei stimato necessario. Del resto ogni volta che l'argomento lo richiegga, non mancherò di ricor-

Digitized by Google

rere a quelle fonti che sono i processi verbali delle Commissioni, e di mettere in rilievo ciò che vi ha di più importante.

Non rimane che a dire qualche parola sul sistema di questo commento, e con quali idee io mi sono accinto al nuovo lavoro.

La forma del commentario si addice all'esame di una legislazione nuova, permettendo di scorrerla a parte a parte, e di ravvicinare ad ogni articolo i lumi della giurisprudenza e della dottrina. Gli autori francesi e quei pochi italiani che scrissero di cose commerciali, hanno preferito la forma del trattato, se ne togli l'antesignano e classico Locré, e qualche più recente il valore delle cui opere non so se sia pari alla fama. Ma è curiosa osservazione che il commento ad un Codice di commercio, quando non sia primitivo come quello del lodato Locré, ove bisogna tener conto di un gran numero di particolarità spesso relative alla dizione, e a togliere difficoltà che col tempo svaniscono, è curioso, dissi, l'osservare che il commento tende a trasformarsi in trattato, vale dire ad assumere quell'andare largo e copioso di un discorso seguente che sembra ripugnare a frastagli ed interrompimenti, e quel carattere dottrinale che sembra più conforme ad una esposizione scientifica. E parmi la ragione sia questa. L'importanza del Codice di commercio consiste nell'insieme delle sue disposizioni. D'ordinario gli articoli di cui si compone sono chiari, accessibili ad ogni intelligenza, e ciascuno per sè non avrebbe forse bisogno di spiegazione; ma tosto che si rannodano insieme per rappresentare un sistema, una istituzione, si sente che dietro essi vi è, per dir così, un mondo d'idee che appartengono alla scienza e alla dottrina, delle quali il Codice è l'ultima espressione. E seguace del Codice viene la giurisprudenza che sparge luce e dichiara tutto ciò che il Codice non ha potuto dire nella brevità e purezza delle sue formole. Ed io trovo che pochi articoli del Codice di commercio, non come avviene degli altri, formano soggetto di materia contenziosa (pochi, dico, perchè non intendo escludere anche quest'ufficio del commento): per lo più le controversie cadono su ciò che vi ha di più sostanziale nell'istituzione. A causa d'esempio quella parte del Codice che detta sulle società commerciali, è quanto può essere nitida e perspicua, ma chi può contare le questioni che ne sorgono, non riguardanti i particolari, e uno piuttosto che un altro articolo, ma i caratteri, le ragioni, i principii, l'effettuabilità dell'esercizio!

Da ciò il bisogno di procedere non rare volte per nuclei, userò questa parola, per gruppi di articoli, onde assumerne un concetto pieno ed intero, intorno al quale raccogliere un sistema d'idee abbastanza complesso.

Questo può sembrare poco importante, se non che rivela una delle qualità caratteristiche di simili lavori. Può interessare di più il dire, che da tale necessaria condizione del Codice di commercio di lasciare dietro sè molte cose, e di non potere estendersi ad altre colle quali ha la più evidente affinità, ne segue il dovere uscire di quando in quando dalla cerchia limitata del Codice, e imprendere digressioni non solo di gran momento in se stesse, ma indispensabile complemento della esposizione. Ne accenno alcune; e siccome io cerco sfuggire ogni superfluo, sollecito però, quanto posso, di presentare idee compiute, prometto che non ne

Digitized by Google

farò abuso. Ma non potrò a meno di risalire a concetti generali parlando delle caratteristiche commerciali di cose e di persone; di portare uno sguardo sulla proprietà industriale nelle sue relazioni col commercio; di trascorrere ad esaminare il diritto delle convenzioni che si fanno per via di telegrammi parlando dei contratti fra i commercianti; delle società civili trattando delle commerciali; delle assicurazioni terrestri studiando le marittime; e di stendermi alquanto sul Codice di marina mercantile e su qualche altro tema che direi parentale, onde la intelligenza della parte commerciale spicca più vivida e s'illustra dai rapporti e dalle differenza (1).

Raccogliendo le proprie idee intorno a un determinato sistema di legislazione, lo scrittore si vede innanzi l'ordine dei tempi nella sua divisione naturale: il passato e l'avvenire. Propriamente l'opera del commentatore non è mai consacrata esclusivamente al passato come quella dello storico. Vero è che può sorgere qualche ingegno potente il quale, convinto che quel ramo di diritto non è mai stato bene e compiutamente trattato, assume di rifare l'opera de' suoi predecessori; o meglio, se mi è permessa la frase, di restituire in intiero la scienza contro l'opera dei suoi predecessori. Io non oso tenermi da tanto: rendo omaggio ai lavori di giureconsulti sommi, dei quali posso giovarmi ma che non potrò mai emulare. È dunque per avere qualche poco in vista l'avvenire della scienza che io riguardo anche il passato, il deposito cioè esistente della scienza, come parte sostanzialissima e fondamentale del mio modesto lavoro; è perciò che io debbo riassumerlo, benchè sotto una forma mia propria, e riprodurlo in ciò che vi ha di più vitale; ed è in questo senso che oso sperare che si possa fare a meno di qualche altro libro che noi prendiamo volentieri da mani straniere, piuttostochè dalle nostre. Una legislazione progressiva è destinata a rendere i suoi frutti nel futuro, ma essa riposa essenzialmente sulle grandi tradizioni; può tener conto degli incrementi che portano i tempi nuovi, appunto perchè ha l'idea chiara di ciò che è stato fatto, e continua l'opera ordinata di chi ci ha preceduto. Un commento ben fatto dovrebb'essere quasi il riflesso di questo ideale legislativo; descrivere, come a dire, l'ultimo periodo della scienza; avvisare a ciò che vi resta ancora d'incerto e di problematico; inaugurare una giurisprudenza prossima che sarà fondata nel progresso, nella libertà, in quelle più estese applicazioni della giustizia che infine è l'alto scopo di ogni legislazione novella.

(1) Troplong, nel magnifico Commentario sulle società civili, ha lasciato tracce profonde nelle teorie commerciali.

Digitized by Google

Digitized by Google

RELAZIONE A S. M.

DEL MINISTRO DI GRAZIA E GIUSTIZIA E DEI CULTI

in udienza del 25 giugno 1865

PER L'APPROVAZIONE E PUBBLICAZIONE

del

CODICE DI COMMERCIO

Sire,

Mi fo debito sommettere alla sanzione della M. V. il Codice di commercio del Regno d'Italia, da pubblicare per Regio Decreto nei termini della Legge del 2 aprile.

Io reputo opportuno lo esporre per brevi cenni alla M. V., e le ragioni di metodo cui mi attenni di accordo con la Commissione speciale deputata al lavoro di revisione e di coordinamento, e i generali principii onde informansi le principali modificazioni recate al Codice albertino, che assumerà d'ora innanzi carattere di Codice italiano.

Nella tornata del 22 febbraio la Camera elettiva, sulla proposta dell'onorevole deputato Mancini, venne al partito di estendere a tutte le provincie d'Italia il Codice di commercio albertino, aggiungendovi però le parti speciali concernenti i biglietti all'ordine in derrate ammessi nelle Leggi di eccezioni per gli affari di commercio delle Due Sicilie, e le modificazioni derivanti dalla Legge 14 aprile 1853 sulle lettere di cambio e biglietti all'ordine, e dalla Legge 8 agosto 1854 sui mediatori e sensali di commercio.

Ottimo divisamento fu questo invero, ove pongasi mente che l'opera d'unificazione legislativa sarebbe emersa per avventura manchevole ed incompiuta, se si fosse lasciata da canto la legislazione commerciale, che è pur tanta parte e sì cospicua della società moderna, avvegnachè risponda essa alle alte esigenze del credito, rinfiancando delle più solide guarentigie la fiducia, che è vita delle commerciali transazioni e del rapido movimento di esse.

Due vie ci si paravano dinanzi nel riordinamento del novello Codice di commercio: o mandarlo fuori tal quale, salvo le poche e lievi aggiunte introdotte dal voto parlamentare — o invece chiamarvi sopra novella disamina, ordinarne meglio la economia e le parti, colmare le più spiccanti lacune, compierlo in fine facendo tesoro dei progressi della scienza, degli avanzamenti maravigliosi del credito, e delle più urgenti riforme reclamate dalle nuove condizioni economiche dell'Italia, chiamata dai Cieli a tanta potenza di vita e di avvenire.

Noi ci argomentammo seguitare la via più ampia e piena, nel che ci era conforto e presidio la facoltà conferita al Governo del Re dall'articolo 2° della Legge del 2 aprile,

Digitized by Google

come altresì il voto della Commissione speciale, alla quale mi corre obbligo di rendere il debito omaggio di lode per la grande alacrità ed amore con che si accinse all'opera di revisione, recandovi il tributo della dottrina e della singolar perizia delle cose attinenti al Giure commerciale, onde i componenti di essa Commissione vanno sì chiari e stimati: senonchè gioverà avvertire che non fu intendimento nè della Commissione nè del Ministro rifare da capo un Codice di commercio che pigliasse faccia di radicali riforme, adempiendo ai molti desiderati della scienza e alle nuove esigenze della vita commerciale. Ben altri studi avrebbe richiesto un disegno sì vasto; nè d'altro canto il Ministro avrebbe trovato in sè quella pienezza di facoltà che gli appariva circoscritta dai termini del ricordato articolo 2° della Legge.

Per buona ventura l'opera di revisione e di ampliazione si rendea possibile senza punto dilungarsi dalle facoltà limitate. A tale intento bastava solo il riordinare e ridurre a forme più acconce e compiute le svariate provvisioni legislative che si ricavano dalle cennate Leggi 14 aprile 1853 e 8 agosto 1854, ponendo a tributo eziandio il disegno di legge sulle società commerciali iniziato alla Camera dei deputati il 1863.

Con tali intendimenti io mi deliberavo indicare alla Commissione speciale una serie di quesiti che accennavano alle principali modificazioni ed aggiunte che mi parevano aversi a portare al Codice albertino, i quali quesiti, sottoposti a serii e maturi studi porsero occasione in gran parte ai divisamenti e alle proposte della Commissione medesima.

Tali idee premesse, mi è pur d'uopo venir delineando con rapida esposizione l'economia del lavoro compiuto, i principii direttivi di esso e le ragioni principalissime delle più gravi modificazioni portate al Codice albertino.

Questo Codice è diviso in quattro libri, il primo dei quali discorre del commercio in genere; il secondo, del commercio marittimo; il terzo, dei fallimenti e delle bancherotte; della competenza e dell'arresto personale in materia commerciale il quarto.

Tale partizione, adottata pressochè in tutti i Codici d'Europa, è stata conservata, perchè suggerita dall'indole delle materie attinenti al commercio; ed è stata pur conservata la suddivisione di ciascun libro in titoli, con qualche modificazione nel numero e nella denominazione di essi, richiesta o dalla soppressione di alcune disposizioni non aventi più convenevole sede in questo Codice, o dalla trattazione di nuovi istituti attenenti alle cose commerciali, dei quali nel Codice albertino non era proposito.

LIBRO PRIMO

In questo libro, spartito in nove titoli, sono a notare le seguenti innovazioni:

Nel primo titolo, che tratta dei commercianti, trasferita come in sede più opportuna in principio del Codice la enumerazione degli atti di commercio, e distinti in separati articoli quelli che son tali per loro intrinseca natura da quelli che tali vanno reputati in ragione delle persone che li fanno, si ebbe a noverare fra essi, giusta gli insegnamenti della giurisprudenza, gli *avalli* delle lettere di cambio e dei biglietti all'ordine commerciali e le imprese di fabbriche e costruzioni se l'intraprenditore provvede i materiali, come altresì le compre o vendite delle azioni delle società commerciali.

Furono poscia coordinate mercè la soppressione degli articoli 5 e 8 del Codice albertino le disposizioni relative al minore emancipato che voglia esercitare il commercio con quelle dettate dal nuovo Codice civile italiano, sulla patria potestà, per le quali son prescritti i Senato-consulti Macedoniano e Velleiano.

Alle disposizioni comprese nel titolo secondo, dirette a regolare la tenuta dei libr

Digitized by Google

di commercio, altra ne venne aggiunta, per la quale fu fatto obbligo al commerciante di conservare i telegrammi che riceve, e di copiare in un libro quelli che spedisce, come pruova delle convenzioni col mezzo di essi conchiuse.

Nel terzo poi, che discorre delle *borse di commercio, degli agenti di cambio e dei sensali*, si sono coordinate col relativo titolo del Codice di commercio albertino le disposizioni della Legge 8 agosto 1854 sui mediatori e sensali, intese a circondare di efficaci guarentigie il ministero di costoro, che possono ben qualificarsi gli ufficiali pubblici del commercio.

Nel che fare si è posta da canto quella parte di esse disposizioni relativa alle condizioni di ammessibilità ad esercitar l'ufficio di mediatore o sensale, le quali possono variare per nuove circostanze di tempo e per mutamenti economici, e trovare quindi sede più acconcia in regolamenti o leggi speciali, e vennero opportunamente introdotte quelle altre che riflettono i diritti e i privilegi loro concessi, gli obblighi loro ingiunti, le pene inflitte alle trasgressioni in cui cadessero nell'esecizio del proprio ministero; lasciando nonpertanto incolume, in omaggio al principio di libertà, il disposto dall'articolo 3 di detta Legge, pel quale, salvo il delicato ufficio di agente di cambio, le altre specie di mediazione possono essere esercitate anche da chi non abbia qualità di pubblico mediatore, se ne venga richiesto da privato cittadino, e lo incarico non derivi da legge o da sentenza di tribunale.

Nel titolo quarto, che è relativo ai *commissionari*, avuto riguardo all'importanza somma che l'ufficio di commissionario tiene nelle contrattazioni commerciali, si è procurato porgere le più ampie guarentigie nel fine di agevolare e moltiplicare i traffici, ad imitazione di quanto già praticarono la Germania e la Francia, l'Inghilterra e l'Olanda, paesi coi quali l'Italia ha frequenti i rapporti di commercio, e coi quali importa tenersi in perfetta reciprocanza, acciò il commissionario straniero che operi pel committente italiano non sia posto in migliori condizioni del commissionario italiano che operi pel committente straniero. Il perchè, abolito l'articolo 105 del Codice albertino, reso frustraneo dalle nuove disposizioni sul pegno commerciale, si è concesso al commissionario privilegio sulle merci da lui possedute, non meno per la propria provvigione che per le anticipazioni fatte sulla semplice promessa di futura spedizione, e per le somme durante il possesso della merce, somministrate, qualunque ne fosse la causa, per conto del committente, ed in vista certamente della guarentigia che da quel possesso deriva.

E poichè nel Codice albertino è data facoltà di fare la polizza di carico all'ordine od al portatore (art. 311) si è stimato prestare utile servigio al commercio estendendo somigliante disposizione alla lettera di vettura, che con la polizza anzidetta ha grande affinità: perciocchè col divenir quella girabile, rendesi più circolante il valore delle merci, e porgesi al credito un mezzo novello di diffondere i suoi salutari influssi sulla economia della società.

Nei titoli V e VI, che toccano dei *Contratti commerciali* in genere, e di quello speciale di *vendita*, si sono comprese le sole disposizioni, che in vista delle condizioni proprie del commercio pigliano carattere di eccezione al diritto comune.

Epperò trasferito nel titolo V, che è affatto nuovo, l'articolo 28 del Codice albertino, siccome quello che va applicato a tutti i contratti e non a quello solo di società — fermata la presunzione di solidarietà fra i coobbligati — inibito al contraente commerciante di opporre la prova orale al titolo scritto dall'altro contraente non commerciante, in corrispettivo del divieto fatto a quest'ultimo di citare il commerciante per lo eseguimento dell'obbligazione innanzi al foro civile — tracciati i modi, onde può essere fatta la prova dei contratti commerciali, ed accertata la data dei medesimi — si è nel titolo VI, all'unico articolo del Codice albertino, sostituita una serie di disposizioni, che colmano la lacuna lamentata in quel Codice, togliendo a guida

ciò che la dottrina, gli usi, la giurisprudenza hanno raccomandato in siffatta materia.

Si è pertanto in esso fermato, pei riguardi al sollecito avvicendarsi dei negozi, ed in omaggio alla buona fede, che è essenza e vita del commercio, la validità della vendita della cosa altrui, siccome statuiva il diritto romano; la validità di essa, anche quando il prezzo non fu determinato nel contratto, ma o si convenne determinarlo di poi, o lo si fece *a giusto prezzo*, ovvero se ne rimise la determinazione al giudizio di un terzo, anche non designato nel contratto. — Per un principio di perfetta eguaglianza fra le parti, la risoluzione della vendita delle derrate ed altre cose mobili, dichiarata nel Codice civile di pieno diritto quando il compratore non siasi presentato a riceverlo prima della scadenza del termine o non ne abbia offerto il prezzo, fu dichiarata anche nell'interesse del compratore quando il venditore manchi all'obbligo della consegna nel termine convenuto. — Provveduto con opportune disposizioni alla vendita di merci, non altrimenti designate nel contratto che per quantità, specie e qualità si è per quelle viaggianti in mare, non arrivate allo spirar del termine convenuto, attribuita al compratore la facoltà di prorogare il termine o di recedere dal contratto, risolvendo nella maniera più conforme ad equità un dubbio soventi volte elevatosi nel fòro. — Da ultimo si è avvisato al modo di verificare lo stato delle cose vendute quando spedite da piazza a piazza, il compratore per deterioramenti avvenuti ricusi di riceverle, e si è provveduto eziandio ai casi di trasbordo della merce e di avaria, e dell'azione risolutoria, o *quanti minoris* secondo il vario stato in cui la merce arrivi.

Segue il Titolo VII *Delle società ed associazioni commerciali*.

Che le disposizioni del Codice albertino intorno alle società commerciali fossero ormai inadeguate allo svolgimento tuttodì progrediente dello spirito di associazione, ed ai bisogni di salde guarentigie contro speculazioni avventate o insidiose, era una verità avvertita già di lunga mano dal Governo piemontese, il quale nella Sessione parlamentare del 1857-58 presentava su questo argomento un progetto di legge al Senato, e dal Governo italiano, che nell'anno 1863 faceva il somigliante, presentandone uno nuovo alla Camera dei deputati; progetti per diverse vicende non potuti convertire in legge, comunque le Commissioni parlamentari gli avessero naturalmente esaminati e modificati.

A raggiungere in parte almeno il desiderato scopo si provvide per quanto fosse lecito con Decreti reali, dei quali certo il più notevole è quello del 12 febbraio 1865 intorno alla vigilanza governativa sulle società per azioni. Ora, ampliare in questa parte, e notevolmente modificare il Codice del 1842 colla scorta dei menzionati progetti e decreti, e di quanto offrivano di meglio le moderne legislazioni straniere, gli era pel Governo del Re un dovere impreteribile onde venire incontro ad un bisogno generalmente sentito. Ed ecco per sommi capi come al grave cómpito si è procacciato di soddisfare.

Distinte innanzi tutto le società propriamente dette dalle associazioni, perchè in quelle solamente creasi un ente morale diverso dalle persone che concorrono a comporle, nel capo I si tratta delle società *in nome collettivo*, *in accomandita* semplice, o diviso per azioni, e delle società *anonime;* nel capo II delle associazioni in *partecipazione*, e delle associazioni *mutue*. Premesse nel capo I talune generali disposizioni relative alla sede della società, alle obbligazioni del socio, che entra a far parte di una società già esistente, ai diritti del creditore del socio sulla quota di utili spettanti a costui, evitando che un estraneo possa esercitare nell'amministrazione sociale una pericolosa ingerenza, ed ai rapporti giuridici dell'associato del socio colla società; sonosi trasfuse in esso le disposizioni dettate dal Codice albertino circa le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, aggiuntovi, sull'esempio della legge Germanica, il divieto ad un socio di prender parte contemporaneamente a due società

Digitized by Google

aventi il medesimo obbietto, salvo il consenso tacito o espresso dei consoci; e ciò nell'intento d'impedire che un socio venga allettato a tradire gli interessi di una società per ottenere maggiori vantaggi in un'altra. Laonde si divisò stabilire disposizioni comuni a queste due specie di società intese a provvedere ai casi in cui il socio può essere dalla società escluso, intantochè nel titolo delle bancherotte vennero scritti articoli che dichiarano l'amministratore reo di bancarotta semplice o fraudolenta laddove per inadempimento degli obblighi dalla legge impostigli sia la società tratta a fallimento.

Definite le società in accomandita per azioni, ed anonime, ed applicato alla prima per la grande analogia che è fra esse, il sistema di render revocabile il gerente per disposizione dell'assemblea generale degli azionisti, salvo a lui il diritto all'indennità se la revoca è fatta senza giusti motivi; introdotto per amendue il precetto della giurisprudenza di non essere il socio soggetto alla perdita dei dividendi o interessi esatti in buona fede; non si è esitato a creare efficaci guarentigie contro le disoneste speculazioni di coloro che, simulando vasto potere di capitale e di credito, ed accennando a fallaci, quanto allettatrici imprese, abusano dell'altrui buona fede, e pervengono a costituire associazioni non serie nè pei mezzi nè per lo scopo, con privato non solo, ma pubblico danno.

Il perchè, posto mente al come hanno origine di ordinario le società in accomandita per azioni, e le anonime, dalla iniziativa di uno o più promotori, si è stabilito che costoro siano personalmente responsabili degli obblighi contratti per costituire la società; che non possano riservarsi alcun premio, aggio o beneficio particolare; che per la costituzione della società debba essere stato sottoscritto almeno per quattro quinti il capitale sociale, e versato in numerario da ciascun socio il decimo di quello sottoscritto. Indi dovranno i promotori convocare l'assemblea generale degli azionisti, la quale, fra l'altro, riconoscerà ed approverà il versamento delle quote sociali, ed il valore delle cose mobili conferite, se è stato determinato, ovvero nominerà periti per determinarlo al giusto prezzo. Gli amministratori poi alla loro volta saranno personalmente responsabili verso i terzi e verso gli azionisti della verità del capitale sottoscritto e dei versamenti operati da questi ultimi, non che della reale esistenza de' dividendi pagati, dell'esatta tenuta de' libri, e generalmente della esecuzione delle formalità stabilite dalla legge per la esistenza delle società.

Nè questo parve bastare alla efficacia delle guarentigie da premunirsi contro gli abusi e i pericoli che ad ogni piè sospinto si ebbero a lamentare nel fatto della costituzione delle società per azioni. Fu avvertito invero la non infrequente abitudine di cosiffatte società di correre difilato alla emissione di obbligazioni tentata precocemente, ed innanzi che si avesse per le mani il versamento integrale delle azioni sottoscritte. Ognun vedrà di leggieri quali e quante conseguenze perniciose procedano dal sistema inconsiderato. Certo egli è che una società la quale incuriosa di porre a tributo le sue forze intime mercè il versamento compiuto del capitale sociale, si avvisi lanciarsi nelle vie incerte e perigliose dei prestiti, porge indizio di poca solidità e di scarsa fede in se medesima, il che per fermo conferirà grandemente a menomare la fiducia e il credito rimpetto al mercato straniero. Ora, il legislatore non potrebbe tenersi neutrale e indifferente a quelle pratiche e consuetudini viziose, dalle quali si ha giusto fondamento a temere non pure lo scredito o il disperdimento delle società che sorgono, ma eziandio l'abbassamento e il danno del credito pubblico. Ben sappiamo essere supremo voto dei vagheggianti il principio della libertà incircoscritta in ogni sfera d'azione della vita e dell'attività sociale, il menomare anzi recidere la tutela e la protezione legislativa, lasciando arbitro di sè il privato interesse che non inganna; ma portiamo pure fermissimo convincimento essere inconsulto partito lo anticipare la pienezza dei tempi che verranno di poi, dimenticando la realità delle con-

dizioni presenti, dimenticando che tutto un ordine di fatti economici attinenti allo esplicamento del principio di associazione e del credito va sorgendo nella società moderna potente, ma baldanzoso e spensierato, e, quel che più monta, portando in grembo i germi di corruttela soffiati dalle cupidigie stemperate e dalla funesta sete dell'aggiotaggio.

Le quali considerazioni persuasero il Governo del Re ad antivenire i lamentati abusi mercè un divieto assoluto fatto alle società per azioni di emettere obbligazioni od altri titoli al portatore innanzi che sia seguito il versamento dell'intiero capitale sociale, od in una somma maggiore di questo.

E da ultimo seguendo l'ordine medesimo di idee e di fatti, fu avviso di non tollerare che un socio partecipante al Consiglio di amministrazione sia banchiere o facciasi intraprenditore e costruttore di opere per conto della società che amministra.

L'incompatibilità del duplice uffizio si fa manifesta sol che si consideri la innormalità da una posizione che trae seco conflitti ed antagonismi di doveri e di interessi, il che basta a scuotere la confidenza ed offendere profondamente il credito della società, ancora quando ne stia garante la specchiata moralità del socio amministratore.

Dei quali divisati presidii e guarentigie circondando l'ordinamento delle società per azioni si ha giusto fondamento a sperare che se ne avvantaggi grandemente e l'interesse stesso delle società, e le più alte ragioni del credito pubblico.

Nè si è pretermesso di porre ad esame la convenienza d'istituir dei *censori* chiamati a vigilare la esecuzione dei patti sociali. Però considerato che questa istituzione non potrebbe funzionare siccome surrogato di quella dei commessari regi, non si potendo limitare nel Governo la facoltà di sopravvedere le operazioni sociali, e che d'altronde non fosse prudente consiglio il cumulare le funzioni di censore con quelle di commissario regio per non moltiplicare di troppo le cautele a discapito della libertà, e creare soverchi pesi pecuniari all'ente sociale; si è opinato impertanto non fare un obbligo di questa maggiore garanzia, che pure nell'interesse degli azionisti non è vietato stipulare nel contratto.

Lasciato poi che i particolari statuti sociali stabiliscano le epoche in cui debba riunirsi l'assemblea generale degli azionisti, se n'è fatto un obbligo agli amministratori nel caso in cui siasi verificata la perdita della metà del capitale sociale, per interrogarli se intendano sciogliere la società. Che se la perdita giunga ai due terzi, lo scioglimento ha luogo di diritto, per risparmiare lo estremo danno agli azionisti di una società che volge manifestamente a male, a meno che essi non preferiscano reintegrare il capitale, o restringere il fondo sociale al rimanente, se bastevole ancora a conseguir lo scopo della società.

Dettate altre norme sul diritto degli azionisti di provocare dai Tribunali la riunione dell'assemblea, e trattata con maggiore larghezza la facoltà di farvisi rappresentare da mandatari, si è sancito non potersi nell'assemblea discutere di altre materie tranne di quelle per le quali fu data preventiva notizia (e il darla è di rigore), neppure col consentimento unanime degli intervenuti; e ciò per rimuovere il pericolo che ad assicurare i voti in favore di tal proposta per avventura gravissima si pubblichi un ordine del giorno che ne indichi taluna di lieve importanza affinchè pochi invogliati ad intervenire, più agevole divenga il governare ed aver docile l'assemblea.

Rispetto poi alle forme del contratto di società presentavasi innanzi tutto la questione, se convenisse mantenere l'autorizzazione governativa alla costituzione della società in accomandita per azioni al portatore, e della società anonima; o se anzi convenisse estenderla a quella in accomandita per azioni nominative.

Or messo da canto lo esame se l'abolizione di essa non urtasse in uno di quei principii direttivi che il Governo è tenuto a rispettare in questo lavoro di revisione e di coordinamento, la inefficacia rimproverata all'ingerenza governativa nel garentire la

Digitized by Google

serietà della impresa e l'adempimento dei patti sociali, è sembrato non potersi più lamentare ora che essa diviene come il complemento di altre cautele; avvegnachè l'autorizzazione sovrana solamente può alle medesime dar valore, ed assicurare i terzi che le nuove condizioni imposte dalla legge furono adempiute.

La facoltà poi di ritirare codesta autorizzazione quando la società sia minacciata da gravi perdite è un rimedio potente a prevenire maggiori sventure, a salvare molti interessi. Che se è a sperare in progresso la invocata cessazione dello intervento del Governo in materia di società, il toglierlo di presente sarebbe improvvido consiglio di certo, quando la cupidigia di disonesti guadagni sull'altrui credulità e buona fede molti va sospingendo ancora a stimulare vaste associazioni, imprese promettitrici di grossi lucri, che poi riescono a disonesti scrocchi, a danno de' creduli e degli illusi.

Non è quindi paruto il tempo di scemare, bensì quello di aumentare le difese contro somiglianti pericoli: e però non si è dubitato di estendere la necessità dell'autorizzazione anco alle società in accomandita per azioni nominative: contro la quale estensione non si potrebbe addurre alcun grave argomento, dovechè vi ha parità di ragioni per aspettarsi da tale guarentigia uguali vantaggi, a nulla influendo la diversa maniera con cui è diviso il capitale sociale, quando la necessaria mutabilità delle azioni nominative in azioni al portatore, e di queste in quelle, rende impossibile ogni distinzione a tal riguardo.

Da poi che il nuovo Codice civile ebbe a sciogliere dal rigore della forma autentica molti dei contratti che vi erano sottoposti secondo la legislazione sarda, sovrabbondavano le ragioni da raccomandare simiglievol sistema nelle commerciali convenzioni, supplendo in altra guisa alle guarentigie derivanti dalla solennità dell'atto autentico. A nessun contratto di società sarà imposto l'atto notarile; bensì la scrittura sarà sempre essenziale, come essenziali saranno altre forme, perchè sia resa pubblica la costituzione della società: anzi, quanto alle società anonime ed a quelle in accomandita per azioni, la trascrizione, il deposito e l'affissione dell'atto dovranno farsi per intero, e non per estratto.

Senonchè giustizia chiedeva, secondo i più certi principii di diritto, che il difetto di scrittura non potesse opporsi ai terzi i quali abbiano contrattato in buona fede con una società in nome collettivo e in accomandita semplice, notoriamente conosciuta.

Si scorgerà da ultimo in questo primo capo ed in apposite sezioni formate le regole relative allo scioglimento ed alla liquidazione delle società, alla nomina ed alle operazioni degli stralciarii, alla estinzione dell'azione solidaria, ritraendole in buona parte dal Codice albertino, e coordinandole colle disposizioni dettate dal nuovo Codice civile circa le più brevi prescrizioni, non omettendo di provvedere al caso in cui lo stralciario pagasse con proprio danaro debiti della società, col surrogarlo nei diritti e nelle azioni del creditore soddisfatto.

Nel capo secondo poi di questo titolo, che tratta delle associazioni in partecipazione e delle associazioni mutue, reso più scolpito il concetto che differenzia queste dalle società propriamente dette, la Commissione togliendo ad esame uno de' quesiti proposti dal Guardasigilli, ed in modo affermativo risolvendolo, ha provveduto a rimuovere il pericolo che traeva seco la prova orale ammessa dal Codice albertino per tali associazioni, qualunque fosse il loro valore. Non poteva più oltre permettersi che la partecipazione ad ingenti guadagni, e pel converso la ripartizione di perdite talora gravissime, si fosse potuta ottenere contro verità e giustizia, col facile ed incerto esperimento della prova orale, non affidato ad altra guarentigia che la prudenza del Tribunale. Fu quindi stabilito che nelle associazioni, aventi per oggetto un valore di oltre lire 500, non sia ammessa la prova orale senza un principio di prova scritta.

Digitized by Google

Non fu poi reputato convenevole assoggettare le associazioni mutue all'autorizzazione governativa, perciocchè non costituendo esse un ente sociale, non ci ha pei terzi pericolo cui ovviare con tale guarentigia; e d'altra parte coteste associazioni non proponendosi un lucro, ma solo la vicendevole assicurazione degli associati da un danno, costoro saranno abbastanza cautelati dalla formalità dell'atto scritto richiesto sotto pena di nullità.

Una delle lacune segnatamente avvertita nel Codice albertino gli era il difetto di regole proprie e speciali rispetto al *pegno* quando è diretto a garantire obbligazioni commerciali. La Commissione compilò su questa importante materia una serie di disposizioni, le quali costituiscono il titolo VIII, e noi ci affidiamo che l'importante materia abbia ricevuto il migliore e più acconcio ordinamento che si lasciasse desiderare a bene delle commerciali transazioni. Per esse disposizioni fu prescritto doversi il pegno commerciale stabilire con scrittura quando il valore della convenzione ecceda le lire 500, perchè la guarentigia derivante dalla scrittura farà più volentieri ricorrere a questo mezzo di assicurare l'adempimento della obbligazione, ed agevolerà singolarmente i traffici — Fu anche prescritto nel favore del commercio la costituzione del pegno sopra effetti all'ordine potersi eseguire mediante regolare girata con le parole *valuta in garanzia*, o con altre equivalenti: e quella di azioni, obbligazioni o altri titoli nominativi di società industriali o commerciali mediante il trapasso nei libri di registrazione della società *per causa di garanzia*. — Per esse, determinato il privilegio derivante dal pegno, si sono fermati gli obblighi del creditore pignoratizio circa la conservazione della cosa data in pegno; e mentre con procedura rapida e spedita si è provveduto alla vendita del pegno quando alla scadenza resti inadempiuta l'obbligazione principale, si è però ricusata al creditore la facoltà attribuitagli dal nuovo Codice civile di fare ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino a concorrenza del debito; e ciò in vista della massima mutabilità del valore degli effetti che costituiscono per ordinario il pegno commerciale, per la quale potrebbe il creditore ottenere col trascorrere di pochi giorni un ingiusto vantaggio con ingiusto danno del debitore.

L'ultimo Titolo poi del primo Libro discorre delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e della prescrizione ad essi relativa. Circa le quali materie quante volte non si fosse voluto discostarsi dai principii direttivi, e considerar la cambiale non più come il documento del contratto di cambio fra piazza e piazza, ma quasi la carta monetata dei commercianti come accenna a divenire, non rimaneva altro còmpito che quello tracciato dalla Legge del 2 aprile 1865, d'introdurvi cioè le modificazioni ricavate dalla Legge 14 aprile 1853, e le disposizioni sui biglietti in derrate tratte dal Codice napoletano.

Solo fu creduto opportuno sciogliere legislativamente una questione più volte agitata innanzi ai Tribunali permettendo al traente di trarre la cambiale sopra se stesso; dappoichè mentre cotesta disposizione non è in opposizione ai principii essenziali ai quali s'informa la lettera di cambio, torna di una incontestabile utilità nella pratica del commercio.

Seguendo l'esempio della legge cambiaria tedesca, fu data facoltà di aggiungere alla girata la clausola *senza garanzia*, ossia *senza obbligo* od altra simile riserva, il cui effetto è di liberare il girante dalla garanzia solidale, traducendo in precetto di legge un uso già invalso in simili contrattazioni. — Fu soppresso l'articolo 152 del Codice albertino, perchè alla falsità in essa preveduta soccorre abbastanza l'art. 343 del Codice penale. — Ai termini pel regresso cambiario nuovi e diversi ne furono sostituiti più in armonia coi meravigliosi mezzi di comunicazioni odierni. — Oltre ai notai fu fatta facoltà anco agli uscieri di fare i protesti cambiari, ad imitazione di ciò che è nel Codice napoletano. — Fu tolto il divieto di cumulare i ricambi nel fine di

accrescere il valore della cambiale, renderla più facilmente circolante, ed aumentare nel traente una giusta responsabilità. E da ultimo fu coordinata la materia delle prescrizioni colle nuove norme dettate in cotal materia nel Codice civile.

LIBRO SECONDO

Questo Libro che tratta di tutto quanto ha relazione alla proprietà delle navi e sua trasmissione, ai noleggi ed ai rapporti che si generano per effetto di essi tra i proprietari, gli armatori, gli equipaggi e i passeggieri, non che ai contratti speciali occasionati dall'armamento e dalla navigazione del legno, ed alle perdite inevitabili in un commercio che si esercita sopra l'infido elemento delle onde, è stato anco oggetto di lunghi e severi studi da parte della Commissione, che vi ha recato non pochi nè lievi miglioramenti.

Nei primi tre Titoli che trattano delle *navi*, dei loro *proprietari* e del *pignoramento, sequestro e vendita giudiziale* delle medesime, si è procurato di meglio regolare la natura e l'esercizio dei diritti che sulle navi possono specialmente sperimentarsi.

La Commissione ha cominciato dal sopprimere interamente il *diritto di seguito* sulla nave, incompatibile affatto colla sua natura mobilissima, nocivo anzichè giovevole al credito di essa, non giustificato da alcun motivo razionale, nella pratica non esercitato, e che era un avanzo dell'ordinanza francese del 1861, e di vieti ordinamenti legislativi, che talora i mobili stessi assoggettavano ad una specie d'ipoteca.

Ad esso fu sostituito, regolandolo con norme speciali, il diritto di *pegno* che ignoto al Codice albertino è al certo un mezzo di credito più confacente alla natura della nave, e vivamente invocato dal commercio.

L'ordine dei privilegi, il modo di provarli, di conservarli, di estinguerli, e la stessa costituzione del pegno furon coordinati colle nuove solennità stabilite per la vendita della nave invece dell'atto pubblico, che non poteva più richiedersi quando il nuovo Codice civile permette vendere anche gli stabili mediante scrittura privata. Queste solennità si son fatte consistere nella trascrizione dell'atto di vendita sui registri del compartimento marittimo in cui la nave è iscritta, o del Consolato italiano se la vendita è fatta all'estero, e nell'annotazione di essa sull'atto di nazionalità della nave.

Ai privilegi si è aggiunto quello per le spese di salvataggio omesso nel Codice albertino, e si è dato ad essi un ordine più logico e più rispondente al vantaggio arrecato da ciascun credito alla causa del pegno comune.

Quanto poi all'estinzione de' privilegi, i gravi inconvenienti cui davano luogo gli articoli 208, 209 e 211 del Codice del 1842, i quali tornava assai malagevole porre d'accordo, han consigliato alla Commissione, cui il Guardasigilli rivolse analogo quesito, un nuovo sistema, che, giova credere, provvederà insieme all'interesse dei creditori alla sicurezza degli acquirenti ed al credito della nave; il sistema cioè che dichiara estinguersi i privilegi con la vendita giudiziale, o col decorso di tre mesi, in caso di vendita volontaria, dalla trascrizione di essa, o dal ritorno nel compartimento marittimo, se la trascrizione ebbe luogo quando la nave era già partita, salvo al creditore il diritto di tener vivo il privilegio citando entro il suddetto termine in giudizio il compratore per ottenerne la declaratoria.

E rispondendo ad altro quesito intorno al pignoramento della nave, impropriamente nel Codice del 1842 chiamato sequestro, ha procacciato la Commissione ovviare al danno che l'articolo 213 di esso poteva arrecare al creditore, facendo nel nuovo Codice facoltà al pretore, quando vi abbia pericolo di sottrazione, di autorizzare il pignoramento della nave senza la precedente intimazione del precetto. Si è poi colmata

Digitized by Google

una lacuna del Codice albertino, il quale pur parlando sempre di sequestro, al sequestro conservatorio non aveva punto provveduto.

Coll'articolo 315 si è opportunamente definita la questione cui dava luogo l'articolo 235 del detto Codice, statuendo potersi ordinare dal Tribunale la vendita della nave quando ne facessero istanza i proprietari formanti più della metà dello interesse totale della nave stessa. È paruto che se la maggioranza non ha, secondo la legge, facoltà d'imporsi alla minoranza tranne per gli atti d'amministrazione, la vendita all'incanto della nave possa essere talora l'unico mezzo da vincere le difficoltà dell'amministrazione stessa.

Le nuove formalità imposte per la vendita ne richiedevano delle identiche per la costruzione delle navi; si è richiesta pertanto la trascrizione del contratto di costruzione sotto pena di nullità, perchè altamente interessa allo Stato il sapere da chi e come le navi, cui sono affidate le vite e le proprietà di tanti cittadini, vengano costruite. Non si è poi creduto concorrere sufficienti ragioni da conservare la disposizione dell'articolo 236 del Codice albertino in eccezione al diritto comune, perciocchè quando il costruttore è fatto indenne delle spese e del lucro che avrebbe potuto ritrarre dalla costruzione del legno, l'interesse ch'egli poteva avere all'esecuzione del contratto è tutelato, senza obbligare con eccessivo rigore il committente a perseverare in una costruzione che più non sia di suo interesse.

Ne' Titoli IV e V, *Del capitano e dell'arruolamento e de' salari delle persone dell'equipaggio*, non che ne' *Contratti di noleggio* che formano materia del Titolo VI, non gravi modificazioni sonosi apportate alle relative disposizioni del Codice del 1842. Però la sincrona compilazione del Codice per la marina mercantile mentre ha porto l'agio di sceverare da quello di commercio tutto ciò che ha rapporto alla polizia marittima o a speciali regolamenti a questa attinenti, ha permesso di trasfondere in esso talune disposizioni le quali divisate pel Codice della marina mercantile, meglio in questo di commercio hanno loro sede, comechè rivolte a regolare rapporti puramente privati, e non di pubblico interesse. Ond'è che rinviati al Codice di marina gli obblighi relativi alla visita della nave prima che metta alla vela e le forme del ruolo di equipaggio, e lasciato al Codice di commercio il regolare le condizioni dell'arruolamento, si è in questo trasfuso un articolo divisato pel Codice di marina, che meglio dell'articolo 256 dell'Albertino provvede alle condizioni che un capitano o padrone deve adempiere prima di abbandonare la nave.

Si è del pari mitigata la troppo ampia facoltà che l'art. 270 attribuiva agli amministratori di marina nello Stato e agli ufficiali consolari all'estero di prorogare l'arruolamento spirato, sostituendo ad esso un analogo articolo del progetto di Codice per la marina, che tale facoltà attribuisce al solo ufficiale consolare all'estero quando la nave ritorna nel regno, e colla limitazione del tempo strettamente necessario. — Si è coordinata, modificandola, la disposizione dell'art. 300 del Codice albertino, che eccettuava dalle prescrizioni relative agli arruolamenti, congedi e classi di viaggi le spedizioni alle coste limitate, colle nuove norme dettate dal Codice di marina mercantile circa le classi dei capitani e padroni, e la estensione dei loro viaggi. — Si sono eliminate le questioni cui davano luogo gli articoli 257 a 262 e 443 del Codice albertino, statuendo fra l'altro l'obbligo nel capitano di fare la relazione o testimoniale non solo all'arrivo nel porto di sua destinazione, ma anche nel luogo di qualunque approdo volontario o forzato, e nel caso di naufragio.

Raccolti in un solo i tre Titoli del Codice albertino VI, VII, VIII, che tutti il contratto di noleggio risguardano, vi si è aggiunta una sezione che regola questo contratto quando è fatto pel trasporto dei passeggieri a bordo di nave a vela, supplendo così una lacuna la quale era desiderabile che sparisse in un nuovo Codice. Ad ovviarvi in parte si era data opera a provvedere nel progetto del Codice di marina mercantile

Digitized by Google

con analoghe disposizioni: e queste disposizioni modificate ed ampliate sulla scorta di quelle che intorno a tale materia offre il Codice olandese, costituiscono appunto la nuova sezione. — Si è tradotto in precetto di legge il dettame di giurisprudenza che pone a carico non del capitano, ma del caricatore, il soprappiù di nolo pagato, quando non potendosi racconciare la nave il capitano sia obbligato a noleggiarne un'altra. — E così pure si è nell'articolo 406 risoluto conformemente all'ultimo stato della giurisprudenza la questione che faceva sorgere l'art. 329 del Codice albertino, quando noleggiata la nave per andare in un porto a prendere un carico e condurlo in altro porto, sopravvengano interdizioni di commercio mentre essa viaggia in zavorra.

La importanza del contratto di *cambio marittimo*, non da meno di quella dei contratti di vendita della nave e di pegno sulla medesima, richiedeva non minori guarentigie nella forma di esso: laonde non solo si mantenne la necessità dello scritto, ma s'impose la trascrizione e l'annotazione sull'atto di nazionalità, con provvedimenti penali contro il capitano, diretti ad assicurarne lo adempimento. E poichè l'esperienza ha dimostrato gli inconvenienti cui dan luogo i cambi marittimi assicurati sugli arredi ed attrezzi, sull'armamento e vettovaglie, oltre all'improprietà del linguaggio nel distinguere armamento da vettovaglie, si è col nuovo articolo 430 stabilito potersi far il cambio sulla nave per intero o sopra un determinato numero di carati; sul carico, per intero o sopra determinata parte di esso; sulla nave e sul carico, per intero e congiuntamente.

Il Titolo VIII di questo Libro, relativo alle *assicurazioni*, dava opportunità alla Commissione di discutere un quesito propostole dal Guardasigilli, se per la invenzione dei telegrafi elettro-magnetici non fosse necessità mutare affatto il sistema adottato nel Codice albertino rispetto alla cognizione possibile e presunta dei sinistri.

La Commissione ebbe a considerare come le regole dettate nell'art. 396 del detto Codice per istabilire la presunzione *juris* della scienza sia della perdita, sia dell'arrivo degli oggetti assicurati in uno dei contraenti prima della firma del contratto, per dedurne quindi la nullità di questo, costituissero un sistema poco meno che assurdo a fronte della rapidità onde ora compionsi i viaggi e si trasmettano le notizie. Pertanto si avvisò sostituire alla presunzione *juris*, ripugnante affatto ai nuovi mezzi di comunicazione, una presunzione di fatto, i cui elementi fossero la pubblica notorietà nel luogo del contratto, la possibilità che la notizia sia pervenuta all'uno o all'altro contraente. A compimento del sistema, oltre l'ammessione della prova contraria a tale presunzione, si è statuita la inefficacia della clausola, *a buona o cattiva notizia*, ammessa nell'articolo 397 del Codice albertino per escludere la presunzione; perciocchè se era lecito alle parti rinunciare alla presunzione *juris*, che è tutta creazione della legge, non si potrebbe fare il medesimo pel genere di presunzione nuovamente adottato, e che ha per fondamento un fatto certo, la scienza cioè nel contraente di quanto è avvenuto, senza distruggere l'essenza del contratto di assicurazione, l'incertezza per ambo i contraenti di una futura perdita o di un futuro guadagno. Si è poi soppresso l'articolo 400 del Codice albertino, che non avendo alcuna utilità di pratica applicazione, lasciava sussistere il dubbio se per avventura potessero intendersi cominciati i rischi delle merci solo dal momento in cui la nave mette alla vela mentre gli è noto invece cominciare essi sin da quando le merci sono caricate sulla barca per essere portate a bordo.

Fu anche obbietto di accurato esame per la Commissione se fosse opportuna cosa discorrere o in questo o in un titolo a parte delle *assicurazioni terrestri*; senonchè si pensò, e ragionevolmente, non essere dicevole trattarne nel Codice di commercio. Imperocchè non potendo l'opera del legislatore versarsi che sulle sole *assicurazioni a premio*, e non già sulle *mutue*, che non sono atti commerciali, quante volte non si osse voluto fare una strana confusione di principii e di cose, essa sarebbe rimasta

Digitized by Google

necessariamente incompiuta. E d'altra parte si presenta così moltiforme la natura delle società a premio, che il volerne codificare le disposizioni sarebbe stata malagevole impresa, mal si potendo scansare il vizio gravissimo o di una soverchia minutezza, o di facili omessioni. Parve quindi miglior consiglio, e più consono alla libertà delle contrattazioni, lasciare ai singoli statuti il regolare i rapporti giuridici che derivano da convenzioni di somigliante natura, bastando all'uopo le norme generali dettate nel titolo delle società e delle associazioni.

Nel titolo IX, *Delle avarie*, in conformità del principio regolatore della materia, aversi cioè a reputare avarie comuni i danni incontrati volontariamente per la comune salvezza della nave e del carico, ed avarie particolari i danni che per forza maggiore colpiscono l'uno e l'altro, fu avviso aggiungnere altri casi a quelli di avarie comuni, tratti o dal Codice olandese o indicati dalla pratica o dalla giurisprudenza; e ciò nello intento di agevolare sempre più ai Tribunali e alla gente di mare la soluzione di questioni, che per quanto sembrino informate ad un principio semplice ed evidente, appariscono pure in pratica delle più ardue che offra il diritto marittimo. Tolta impertanto la distinzione del Codice albertino, e noverati fra le avarie comuni il salario e nudrimento dell'equipaggio, quando il legno è arrestato per ordine di una potenza o per necessarie riparazioni, sia che trovisi noleggiato a mese sia a viaggio, si è dichiarato invece essere avarie particolari i danni e le spese incontrate volontariamente, e dietro deliberazione pel bene e salvezza comune quando sono dirette a salvare la nave pericolante a causa di vetustà o vizio di costruzione, ovvero per colpa o negligenza del capitano o dell'equipaggio; dovendo in questo caso l'armatore o il capitano risentire le conseguenze del proprio fatto. E del pari si è alle avarie particolari aggiunto il guasto prodotto dall'incendio, essendovi ogni ragione di uguagliarlo negli effetti ai sinistri di mare.

Qui hanno termine le modificazioni insinuate nel libro secondo del Codice, perciocchè intorno al *getto* ed al *contributo*, all'*inammessibilità dell'azione* ed alla *prescrizione*, di che è parola negli ultimi tre titoli di esso, non è stato mestieri fare alcuna innovazione alle corrispondenti disposizioni del Codice albertino, la quale sia meritevole di rimarco, se togli quella relativa alla prescrizione, come mezzo di acquistare la proprietà della nave. Di vero non erano a questo genere di prescrizioni applicabili le norme stabilite nel diritto comune per l'usucapione degl'immobili, perchè la nave non è un immobile; ma d'altra parte la specialità della sua natura, congiunta al suo intrinseco valore, non poteva consentire che ad essa si applicasse il principio generale che nei mobili il possesso vale per titolo: indi la necessità di introdurre una prescrizione *sui generis* che parve conveniente determinare a dieci anni, ove il possesso non sia accompagnato dal giusto titolo e dalla buona fede, ed a cinque se l'una e l'altro al possesso andassero congiunti.

LIBRO TERZO

Una indisputabile preeminenza compete al Codice albertino del 1842 sulle altre legislazioni italiane quanto alle disposizioni relative al fallimento; avvegnachè quel Codice abbia in sè accolta, migliorandola, la legge francese sui fallimenti dell'anno 1838, dovechè in Toscana e nelle Due Sicilie, la cui legislazione commerciale è anteriore all'indicata epoca, nè si avvantaggiò di progressive riforme, la materia è tratta dall'antico Codice francese del 1807; ed in Lombardia la procedura dei fallimenti è quella stessa stabilita dal Regolamento del processo civile austriaco pei giudizi di concorso con tutte le sue complicazioni e difficoltà, e lunghi indugi spesso lamentati

Digitized by Google

dal fôro e dal commercio in quelle provincie. Laonde il libro terzo del Codice albertino, onde sono fatti meno agevoli i fallimenti artificiosi, tramati nell'ombra per sorprendere la buona fede dei creditori, dovrà essere accolto come un segnalato progresso nelle parti del Regno, ove finora altri Codici imperarono.

Pei quali riflessi nell'opera di revisione non parve *dicevole* ammettere i concordati per abbandono, introdotti da una recente legge in Francia, i concordati stragiudiziali ed altri somiglianti sistemi, tra perchè repugnanti ai principii direttivi del Codice del 1842, e perchè si temette che sotto le facilitazioni e le agevolezze di un trattato fra il fallito ed i suoi creditori potessero ascondersi per avventura quei pericoli d'inganni e di frodi che già consigliarono al legislatore del 1842 di negare al commerciante il benefizio della cessione dei beni, respinto oggimai anco dal Codice civile italiano.

Il perchè limitandosi la Commissione a rivedere e coordinare codesta parte del Codice colle disposizioni dei nuovi Codici civile e di procedura civile, dalle quali dipende la materia dei fallimenti in tutto ciò che è relativo ai privilegi, alle ipoteche, ai diritti della moglie del fallito, ai termini nei procedimenti, alla competenza ed all'appellabilità delle sentenze, si divisò recare le seguenti modificazioni, singolarmente al detto libro terzo.

Potendo le società anonime, come ogni altro commerciante, cadere in fallimento, tantochè son puniti gli amministratori che per loro colpa o dolo ve le traessero, rendevasi necessario pertanto stabilire, come e avverso chi gli atti di procedura avessero a seguire nel caso di fallimento di dette società; al che si è avvisato sull'esempio della Legge belga del 1851, colle disposizioni inserite nel nuovo articolo 544.

In ossequio al principio della inviolabilità del segreto epistolare, si è imposto l'obbligo ai sindaci del fallimento di restituire al fallito le lettere che non fossero relative al commercio, e di conservar sulle medesime il più rigoroso silenzio.

A rendere più semplice l'amministrazione e ad evitare le spese e i pericoli delle liti, è stata fatta facoltà ai sindaci di transigere senza bisogno della omologazione del tribunale sopra tutte le contestazioni non eccedenti il valore di L. 1500. A fare più spedito il pagamento nel caso di riparto di danaro esistente nelle casse dei depositi giudiziali, sono stati i sindaci autorizzati a rilasciare ai creditori i mandati di pagamento sulla cassa secondo lo stato di riparto reso esecutorio dal giudice delegato al fallimento.

Quanto ai termini per la presentazione dei titoli di credito si è coordinato il sistema delle distanze colle regole dettate dal nuovo Codice di procedura civile circa la intimazione delle citazioni, e coi nuovi e più facili mezzi di comunicazioni.

Tenuto riguardo al principio che la verificazione dei crediti è uffizio non del magistrato, ma dei creditori, si è disposto doversi i crediti dei sindaci verificare non già dal giudice delegato, ma, costui presente, da due dei maggiori creditori portati in bilancio. — A rimuovere poi uno dei più gravi ostacoli alla celere verificazione dei crediti, derivanti dal trovarsi i creditori residenti all'estero, e dai lunghi indugi occorrenti per ottenere da costoro la prestazione del giuramento di conferma, si è stabilito che il giudice delegato, sentiti i sindaci, può dispensarli dalla prestazione del giuramento, ammesso però il richiamo al tribunale. — Salvo l'appello a questo, la competenza del giudice delegato fu portata nelle contestazioni dei crediti sino al valore di L. 1500, siccome pei pretori il nuovo Codice di procedura civile prescrive.

Con una lieve modificazione all'art. 544 del Codice albertino si è chiarito il concetto che occorra per procedersi al concordato il concorso di un numero di creditori formanti la maggioranza non dei soli presenti, ma di tutti quelli i cui crediti sieno stati verificati e confermati con giuramento o ammessi per provvisione — Obbedendo poi ad un sentimento di giustizia e di equità, si è consentita al fallito la facoltà di

Digitized by Google

fare annotare nell'albo, accanto al proprio nome, la notizia del seguito concordato, o della sentenza che lo dichiara scusabile.

Nel fine di non rendere impossibile l'azione di ripresa alla moglie del fallito consentita dall'articolo 603 del Codice albertino sui beni mobili dotali o parafernali, quando ne fosse stata mutata soltanto la forma, o fossero stati convertiti in altri valori mobiliari, si è espressamente dichiarato potersi anche in tali casi l'azione esercitare purchè il reimpiego risulti da un atto avente data certa; e questa certezza di data in favor del commercio si è statuito poter derivare, quanto ai titoli di credito, anco dai registri dei pubblici stabilimenti, delle società anonime, e di quelle in accomandita per azione.

Eliminando una questione più volte agitata nel fôro sulla intelligenza dell'art. 622 del detto Codice, si è dichiarato, poichè soccorreva l'istessa ragion di legge, potersi rivendicar le merci finchè la traduzione non sia seguìta nei magazzini del fallito, o nei pubblici magazzini a disposizione di lui.

Si è chiarito il dubbio elevato in contraddittorio di chi debba farsi il giudizio di opposizione, di cui parla l'articolo 626 del Codice albertino, contro la sentenza contumaciale che dichiara il fallimento, e si è detto in contraddittorio dei sindaci.

Da ultimo si sono soppressi gli articoli 583, 593, 594, il numero 2 dell'art. 606, e gli articoli 608, 609, 617 e 619 del Codice albertino in conseguenza dei nuovi principii adottati in questo Codice o nei Codici civile e di procedura civile circa la cessione dei beni, i privilegi e le ipoteche, il pegno e i termini nei giudizi di esecuzione.

Nel Titolo II poi che tratta delle bancherotte, oltre alla nuova disposizione di cui fu già parola innanzi contro gli amministratori di società venute per loro colpa o dolo a fallimento, si è modificato l'articolo 636 del Codice albertino in guisa da chiarire come in esso si contempli non già un caso di complicità nel reato di bancarotta fraudolenta, ma bensì un fatto criminoso *sui generis*, commesso anche senza intelligenza del fallito; e che oltre all'autore o ai complici possano essere nel reato anzidetto ancò degli agenti principali.

LIBRO QUARTO

Essendo la composizione dei Tribunali di commercio materia che trova la sua naturale sede nella legge sull'ordinamento giudiziario, e la nomina degli arbitri e il procedimento nelle cause commerciali materia del Codice di procedura civile, che se ne occupa il quarto Libro del Codice di commercio albertino, viene ridotto con questa eliminazione a due soli Titoli, relativo l'uno alla *competenza*, l'altro all'*arresto personale*.

Quanto al Titolo I si sono pure in esso sceverate quelle disposizioni che recavano norme di procedimento e regolavano l'appellabilità delle sentenze, dalle altre che più propriamente alla competenza si riferiscono; e queste solo ritenute ne vennero altre aggiunte per le quali sono dichiarate di competenza commerciale le azioni dei capitani o armatori contro i passeggieri, derivanti da' trasporti per mare, perchè cosiffatti trasporti creano relazioni che sono governate dal diritto marittimo, e le azioni vicendevoli degli artisti e degli impresari da teatro, in coerenza al principio che ogni impresa di spettacoli pubblici è atto di commercio.

La più grave innovazione in questo Titolo è stata certamente quella mercè cui al contraente che non fece atto di commercio è stata ricusata la facoltà di citare a suo grado l'altro contraente che fece atto di commercio, sia innanti al fôro civile, sia innanti al commerciale. È paruto essere questa una esorbitante e non giustificata eccezione ai principii generali di competenza, secondo i quali niuno debb'essere distolto

Digitized by Google

dal giudice che gli è proprio. Occorreva bensì provvedere che al non commerciante munito di titolo scritto non potesse opporsi una liberazione, la quale si pretendesse provare con mezzi non consentiti dal Codice civile, e ciò fu raggiunto nel Titolo dei contratti commerciali in genere.

Al Titolo II poi circa *lo arresto personale* furono portate le sole modificazioni procedenti dalla Legge 14 aprile 1853, e le altre poche richieste dal coordinamento coi nuovi Codici civile e di procedura civile.

Ho delineato con rapida rassegna la serie delle mutazioni ed aggiunte recate al Codice albertino, rilevandone le ragioni più spiccanti che ne chiariscono la convenienza e il pregio.

La pubblicazione dei processi verbali della Commissione che verrà dipoi, porgerà più esatto commento e più ampio sviluppo dei motivi e delle considerazioni cui metton capo le divisate modificazioni.

Sarà eziandio provveduto e senza indugi ad un'apposita legge transitoria intesa a definire le norme direttive nel trapasso dall'antica alla nuova legislazione.

Ordinando il novello Codice di commercio pel Regno d'Italia con intento di porre a tributo gli insegnamenti della dottrina ed i responsi della giurisprudenza, i dati della esperienza e le più vive ed insistenti esigenze del commercio, noi portiamo fiducia di aver provveduto efficacemente al progresso economico della Italia nostra, alla quale, se per avventura si venisse or presentando un Codice commerciale sparuto e manchevole, e quasi diremmo petrificato tra le angustie del Codice francese del 1807, se così adoprato si fosse per soverchia timidità, certo egli è che sarebbesi incorsa una responsabilità gravissima, perciocchè ben si avrebbe il diritto di chiederci il perchè ci fosse mancato l'animo di recare ad atto quelle migliori ed incontestate riforme che vennero man mano rinsanguinando i Codici delle più colte ed avanzate nazioni, intanto che non ci era negata punto dai termini dell'articolo 2 della Legge del 2 aprile la potestà d'introdurre modificazioni sostanziali nel Codice di commercio albertino, al paro di tutti gli altri indicati nell'articolo 1°.

Arroge a ciò che nell'opera di riordinamento del Codice albertino, Ministro e Commissione concordi si tennero tra' confini delle svariate riforme sparsamente adombrate in varie leggi o progetti studiati e iniziati appresso il Parlamento, sicchè nulla pigliasse faccia di nuovo, e tutto si riducesse ad opera di compimento e di perfezionamento dell'antico.

SIRE!

Noi reputiamo senza tema d'ingannarci benefizio insigne il dotare l'Italia di una legislazione commerciale rispondente alla ragion de' tempi ed ai mirabili avanzamenti de' traffici e del credito; imperocchè l'Italia, risollevata per singolare lealtà di Principe e per egregi fatti di popoli a tanta altezza di destini e di avvenire, non potrebbe dimenticare per fermo che il periodo più splendido della sua storia dell'età di mezzo va segnato da quel felice connubio tra la potenza delle armi e quella dei traffici; il che se fu vero nelle gloriose tradizioni dei Comuni italiani, lo sarà a mille doppi in questa età nostra che anela per nobili aspirazioni al gran patto di fratellanza e di solidarietà dell'umana famiglia per la via degli scambi e dei commerci.

Forte di tali convincimenti, io mi fo a sottoporre fidente alla sanzione augusta di V. M. il nuovo Codice di commercio pel Regno d'Italia.

Digitized by Google

Regio Decreto 25 giugno 1865 (N° 2364).

VITTORIO EMANUELE II

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE

RE D'ITALIA

Vista la Legge del 2 aprile 1865, n° 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare il Codice di commercio albertino, con le modificazioni derivanti dalla Legge del 13 aprile 1853 sulla lettera di cambio e di biglietti all'ordine, e dalla Legge dell'8 agosto 1854 sui mediatori e sensali di commercio, soppressi gli art. 5, 8, 663 a 685 dello stesso Codice, con l'aggiunta degli articoli 189 a 194 delle leggi di eccezione per gli affari di commercio delle Due Sicilie relativi agli ordini in derrate, e con le modificazioni riconosciute necessarie a norme dell'art. 2 della stessa Legge del 2 aprile 1865;

Udito il Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del Nostro Guardasigilli Ministro Segretario di Stato per gli affari di Grazia e Giustizia e dei Culti;

Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue:

ART. 1.

Il Codice di commercio è approvato ed avrà esecuzione in tutte le Provincie del Regno a cominciare dal 1° gennaio 1866.

ART. 2.

Un esemplare del detto Codice, stampato nella Tipografia Reale, firmato da Noi e contrassegnato dal Nostro Guardasigilli, servirà di originale e verrà depositato e custodito negli Archivi generali del Regno.

ART. 3.

La pubblicazione del detto Codice si eseguirà col trasmetterne un esemplare stampato a ciascuno dei Comuni del Regno per essere depositato nella sala del Consiglio comunale, e tenuto ivi esposto durante un mese successivo per sei ore in ciascun giorno, affinchè ognuno possa prenderne cognizione.

Ordiniamo che il presente Decreto, munito del Sigillo dello Stato, sia inserto nella Raccolta ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze addì 25 giugno 1865.

VITTORIO EMANUELE.

Registrato alla Corte dei conti addì 30 *giugno* 1865.
Reg.° 33 *Atti del Governo a c.* 46.
AYRES

(*Luogo del Sigillo*)
V. Il Guardasigilli
G. VACCA.

G. VACCA.

Digitized by Google

CODICE DI COMMERCIO

ANNOTATO

LIBRO PRIMO

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO PRIMO

DEL COMMERCIO IN GENERALE

TITOLO I.

DEI COMMERCIANTI

IDEE GENERALI

1. *Del progresso commerciale negli ordini della civiltà e della legislazione.*
2. *Duplice assunto del Codice di commercio; direttivo, giurisdizionale.*
3. *Confronto della legislazione commerciale colla civile e giudiziaria. Il Codice commerciale è un complesso d'istituzioni; metodicamente appartengono alla parte direttiva o magistrale del Codice.*
4. *Carattere generale della legislazione commerciale.*
5. *I diritti dei commercianti non sono privilegi, ma conferiscono allo scopo finale della istituzione.*
6. *Si considerano rapporto all'operante ed a coloro che trattano con lui; ossia ai terzi.*
7. *Lo spirito del Titolo I è di obbligazioni anzichè di diritti pel commerciante.*
8. *Perchè il non commerciante che fa atti commerciali sia colpito meno severamente dalla legge.*
9. *Quando la natura della operazione costituisca il non commerciante nelle stesse obbligazioni del commerciante abituale.*
10. *È d'uopo percorrere i criteri scientifici per cui può integrarsi la serie degli atti commerciali, e differenziarli dai non commerciali.*
11. *Criteri della commercialità:*
    a) *Professione;*
    b) *Intenzione;*
    c) *Causa commerciale;*
    d) *Forma dell'atto;*
    e) *Che il fatto abbia attitudine di svolgersi commercialmente;*
    f) *Destinazione;*
    g) *Che l'oggetto del commercio sia principale e determinante;*
    h) *Trasformazione della materia;*
    i) *Contributo ad opere e fatti di commercio;*
    l) *Quantità e importanza del lavoro commerciale;*
    m) *Azzardo e profitto indeterminato;*

Digitized by Google

n) *Indipendenza da servigi che attribuiscono un diverso carattere ad atti apparentemente commerciali;*
o) *Conferimento di capitali;*
p) *Che la materia sia mobile;*
q) *Che la cosa mobile sia oggetto di commercio, non accessorio al servizio d'immobile.*

12. *L'atto di commercio non è definibile* a priori *sotto il presidio di unico principio regolatore.*

---

1. Non si è mai avverato con tanta precisione il principio che il legislatore non crea le relazioni giuridiche, ma le discopre esistenti nella natura delle cose e nelle consuetudini dei popoli, e le ricompone e determina sotto il suggello dell'autorità sua, come in fatto di commercio. Ben si può dire che il commercio aveva le sue leggi prima che fossero codificate. A parte le regole, scarse di numero ma perenni perchè essenzialmente vere, che troviamo nel diritto romano, la vita commerciale progredì attraverso i secoli con tali ordini convenzionali che l'uso tenace e continuo aveva generati fra uomini positivi che hanno il perfetto istinto della regolarità. Certamente i regolamenti e gli statuti delle principali città commerciali d'Europa, come di Amsterdam, di Anversa, di Genova, della mercanzia di Firenze, contribuirono fortemente a mantenere la tradizione: e la celebre ordinanza di Francia del 1673 raccolse tutto ciò che vi ha di più importante nei costumi del commercio marittimo. I legislatori del 1807 si trovarono sotto la mano un immenso materiale che poteva anche dirsi ordinato.

Ciò che più non rispondeva ai tempi era lo spirito della istituzione. Quell'epoca nella quale le classi superiori della società respingevano con disdegno il commercio verso il medio evo, secondo la felice espressione di Dalpierre nel suo Discorso al Corpo legislativo, quell'epoca era tramontata. Che l'ordine commerciale fosse generalmente governato da istituzioni, non può sconoscersi; ma il suo stesso organismo mostrava ch'esso era un qualcosa di eccezionale e di estraneo alla legislazione universale: sapeva di casta; era formato in corporazioni e viveva di privilegi, riflettendo nella sua forma non poco di quel sistema protezionista e illiberale da cui il commercio era dominato. Invero la sua potente attività si era manifestata anche prima del movimento della civiltà nuova, e svolgevasi malgrado ogni ostacolo perchè la sua natura è essenzialmente progressiva; ma fortunatamente doveva esser attratto nell'orbita di questa stessa civiltà che tende ad assimilarsi tutte le forze sociali per ricostituirle sulla base dei principii. I pregiudizi del commercio cadevano con tutti gli altri; il suo carattere mondiale non apparve più come un fatto semplicemente, ma si apprese che le sue conquiste erano conquiste della civiltà, e che i commercianti avevano una missione di prosperità universale che essi adempivano anche senza uscire dalle viste dell'interesse personale. Non le singole operazioni più o meno improntate di questo interesse, ma il risultato, il risultato era immenso: venivano tempi che Stati e nazioni non potevano più esistere senza un commercio in grande, e solo a questo patto poteva riunirsi il mondo e verificarsi, nella realtà e senza utopie, il consorzio umanitario, la fraternità dei popoli. Come non sarebbero cadute le barriere che facevano dei commercianti una setta; come le più distinte classi sociali non si sarebbero tenute onorate di contribuire a tanto scopo una volta che si fosse inteso?

2. Incalzata, per così esprimermi, da questa rivoluzione, spinta da questa corrente, la legislazione era invocata come un bisogno; essa doveva formare il complemento e insieme la guarentigia del progresso sociale che l'aveva preceduta. Ora tentiamo di rilevare il vero intento della legislazione commerciale che fu una delle glorie del primo Impero. È chiaro che queste considerazioni si estendono eziandio alla nostra legislazione, che si è avanzata nei particolari, ma organicamente riproduce il sistema francese.

Essa può dividersi in due grandi emisferi; l'uno è direttivo, e l'altro è giurisdizionale. Ma è d'uopo ricercare nell'intimo codesti elementi, emergendone il carattere proprio della legislazione commerciale.

3. Facciamone confronto colla legislazione civile e colla giudiziaria.

La prima è un gran complesso di nozioni ove sono scolpiti i diritti e le obbligazioni che nascono da una data posizione giuridica. La legislazione civile insegna *ciò che è* e ciò che si deve credere intorno alle relazioni di diritto; dell'azione non si occupa, e meno ancora della riabilitazione dei diritti violati e della repressione, se non in quanto giovi a

completare la nozione e perfezionare la esposizione del precetto; e se talvolta usurpa alcuna parte devoluta al diritto giudiziario, è ciò che non le compete, nuoce all'economia del lavoro, e in pratica si è trovato quasi sempre dannoso.

La legislazione giudiziaria parte dal punto della violazione del diritto. In generale è questo il fondamento logico della giurisdizione. È il potere sociale armato per la difesa dei diritti. Ivi tutto è azione, movimento, vita; non si definisce più, ma si giudica; non s'insegna più il diritto, ma si vendica.

La legislazione commerciale è soprattutto un complesso d'istituzioni. Intendo con questa parola quelle forme organiche con cui il potere dello Stato determina il modo di esistenza di certi fatti sociali che sono destinati ad operare più o meno potentemente nella vita civile. Primeggiano nel Codice civile le relazioni naturali bene apprezzate e seriamente ordinate, quali cioè la ragion naturale addottrinata dalla esperienza potrebbe comprendere; nel Codice di commercio risplende in ispecial modo l'opera del legislatore che organizza i fatti commerciali, regolandone il moto e l'azione in guisa che seguendo l'equo e il giusto, e sfuggendo agli abusi, siano costantemente rivolti al fine del bene generale. Le operazioni di cambio, le associazioni, le convenzioni marittime non si comprendono abbastanza dalla ragion naturale; sono il prodotto dell'attività umana che sfida gli eventi e si svolge attraverso ad essi; specie di esistenza nuova che l'ingegno e l'audacia dell'uomo costituisce a se stesso oltre, si può dire, i termini della vita ordinaria, e crea quei prodigi che attestano la superiorità della sua natura.

Quantunque, io lo ripeto, il Codice di commercio sia un complesso d'istituzioni, tuttavia mantengo la distinzione che ho posta sopra fra la sua parte direttiva, che chiamerei anche magistrale, e la giurisdizionale; ragguagliando alla prima queste medesime istituzioni insegnanti il diritto e le sue attinenze nelle diverse combinazioni del commercio.

4. Vengo alla parte giurisdizionale a cui appartiene il presente Titolo.

La giurisdizione è quella istituzione complementare che riassume in sè le guarentigie di tutto l'ordinamento commerciale. Essa vi è essenziale e inseparabile. Non è punto una sottrazione a quella che chiamano abitualità della giurisdizione civile; e non può dirsi propriamente eccezionale, come l'operare commerciale non può dirsi una eccezione dell'operare ordinario civile. Si è troppo abusato di questa nomenclatura. La vita commerciale è uno sviluppo particolare dell'attività umana che produce combinazioni giuridiche proprie e correlative al suo esercizio. La giurisdizione che modera questo esercizio è propria e sostanziale, e bisogna che ci sia; è una partizione, se vuoisi, della giurisdizione universale; ma quando fosse compresa in un solo Codice, non sarebbe meno sostanziale e distinta per sua natura (1).

5. La giurisdizione commerciale, secondo il concetto dei nostri Codici, è da considerare sotto due aspetti, ossia anche questo è un concetto che si suddivide. Può ravvisarsi distinta e divisata ai luoghi opportuni la *materia* e la *forma* della giurisdizione. Non che questa sia una specialità del Codice di commercio: è nella economia di tutti i Codici che distribuiscono la competenza, ma è anche vero che rispetto al nostro la divisione ha una importanza che direi superiore.

Il Codice di commercio è un possente motore della ricchezza nazionale non solo, ma estende le sue vedute a tutto il mondo commerciale: ha, si direbbe, un indirizzo cosmopolita. Quindi la suprema distinzione dalla legislazione commerciale alla civile che, come suona la parola, è propria della città, paese o nazione. Lo spirito del Codice di commercio è l'universalità; quindi s'inspira a tutte le tradizioni commerciali; interroga tutte le altre legislazioni congeneri, e si adopera di armonizzarvi, poichè senza questo grande concerto dei costumi legislativi non si creerebbe che un ostacolo e un impedimento al fine che si propone. L'osservazione, comunque gravissima, non è forse necessaria al mio argomento, ma esprime l'interesse che ha avuto la legge nel determinare, a difesa del commercio in generale, la condizione del cittadino commerciante.

E questa condizione è stata definita in un punto di vista affatto singolare dall'ordine comune. Il commerciante ha dei diritti suoi propri, ha delle obbligazioni sue proprie; la giurisdizione si eleva quasi come il genio tutelare del commercio a favorire i primi e ad esigere le seconde. Avvertiamo che i diritti

(1) Vedremo più sotto che, rapporto a questo tema della eccezionalità, convien distinguere la commerciabilità dalla giurisdizione.

Digitized by Google

del commerciante non sono privilegi. È vero che la persona del commerciante è contemplata di maniera che per essa viene attribuito carattere e ragione a molti atti del suo esercizio; ma lo stesso commerciante, come persona, viene considerato nelle sue relazioni col commercio, in quanto cioè i diritti di azione che gli sono conferiti rappresentano una posizione giuridica necessaria al conseguimento del fine; agevolare le transazioni commerciali, imprimervi rapidità; costituire la fiducia nei pronti responsi, nella immanente tutela della giustizia.

6. Fermiamoci all'esame dei diritti.

I diritti dei commercianti sono distinti nel rapporto di chi opera, e nel rapporto di coloro che l'operatore attrae nelle sue combinazioni; intendo dei terzi.

Vi è la massa di tutti quei diritti che si svolgono dai fatti stessi commerciali. E sono i guadagni delle speculazioni (1): legittimi avvegnachè trascendenti, perchè in balìa di fortuna e minacciati da rischi tremendi. La legge fornisce i mezzi di azione, fornisce procedure semplici, tribunali che non si occupano che di questa materia: e in tutto il Codice attesta, dichiara, definisce questi diritti. Ma la legge sopra ogni cosa è sollecita dell'interesse del credito e del diritto dei terzi. La sua cura costante, e si direbbe quasi la sua preoccupazione, è la integrità dei commerci e il rispetto della buona fede. Non ha nessuna parola a dire al genio del commerciante che sa bene il conto suo, e svolge i suoi piani nell'atmosfera della libertà che tutti i governi savi concedono al commercio. Ciò che preme è di mantenere questa forza che anela al guadagno, entro i limiti dell'onesto e del retto, e di guarentire la fiducia pubblica da quei disinganni che nascono dalla slealtà di coloro ai quali si è creduto. È una gran lezione di morale applicata ai fatti di commercio, e conferisce nel tempo stesso al suo sviluppo, alla sua prosperità; aggiungo alla sua esistenza perchè l'inganno finirebbe coll'ucciderlo.

7. Codeste considerazioni sui diritti dei terzi ci mettono a dirittura nello spirito di questo Titolo I del Codice.

Esso stabilisce il carattere del commerciante e quello dei suoi atti. Questo Titolo ha una relazione essenziale con quello che si occupa della giurisdizione. Ciò malgrado il legislatore italiano ha fatto una innovazione felice sul metodo letterario degli altri Codici. La descrizione degli atti di commercio ora sta nel proemio (2), e con ragione, perchè da esso si spande la cognizione del carattere delle operazioni successivamente descritte nel Codice; e la nozione della commercialità è completata dall'accordo dei primi tre articoli: nel primo essendo dichiarate le qualità di commerciante, negli altri specificata la materia commerciale. Sono veramente, come dissi, due parti o elementi di unico concetto. Chi fa abitualmente atti di commercio è un commerciante; ma bisogna sapere cosa sono gli atti di commercio. Vero è che di questi atti può farsene isolatamente e solo a rari intervalli, ed allora non si è commerciante; ciò pone in rilievo un'ulteriore e necessaria applicazione, come ora vengo a dire.

Lo spirito di questo Titolo *è di obbligazioni, anzichè di diritti* pel commerciante; ed è scritto principalmente a guarentigia di quelli che con lui convengono: in altri termini, a guarentigia del credito.

Chi è commerciante perchè esercita abitualmente atti di commercio, è soggetto alla giurisdizione commerciale. Egli dunque sarà costretto a liberare i propri impegni con misure pronte e rigorose, sino all'arresto personale. Ma codeste disposizioni del Codice mettono capo ad un esito di una ben maggiore gravità e della più deplorabile frequenza, il fallimento. Chi si dà spontaneamente in braccio all'eventualità del commercio, come disse Locré, non ricordo dove, accetta una simile condizione di cose, si espone a tali conseguenze. L'art. 1 non è invocato quasi mai a difesa: chi è condotto avanti il tribunale di commercio per rispondere delle sue obbligazioni, o è colpito da una dichiarazione di fallimento, procura di sfuggire all'applicabilità di quell'articolo; tenta di provare che non è un commerciante.

8. Anche gli articoli 2 e 3 hanno una significazione consimile, benchè meno estesa. Si è voluto identificare nei suoi atti la professione di commerciante. Ma quegli atti possono essere rari, isolati. Lavorare qualche cambio, prestare qualche avallo, fare qualche operazione di trasporto o di senseria, non costituisce la professione di commerciante. Nondi-

(1) Io mi servirò di questo vocabolo, quantunque dai maestri della favella consacrato alle ricerche intellettuali; ma ormai non può rigettarsi da chi scrive in questa materia esprimendo una idea benissimo compresa da tutti.

(2) Alla competenza è dedicato il IV e ultimo Libro del Codice: la descrizione degli atti di commercio faceva parte del titolo della competenza.

meno la legge prende sotto la sua protezione, userò questa frase, coloro che si affidano a tali operazioni. Per quella volta almeno si è commerciante, e bisogna rispondere all'impegno sotto la sferza della giurisdizione commerciale; e in relazione a certi atti precisati dall'art. 727, n° 3, si può subire la carcere.

In generale l'obbligazione commerciale del non commerciante incontra minore severità, perchè la singolarità dei suoi atti attrae meno del credito pubblico, e lo espone a minore pericolo. La principale differenza consiste di non cadere in quello stato desolante che appellasi fallimento. Tale condizione, come vedremo a suo luogo, è un corrispondente di quella promessa che il commerciante fa al credito pubblico alla quale vien meno. Egli vi ha impegnata la propria esistenza civile, il proprio onore, nel più largo senso della parola; il non commerciante che fa atto commerciale, può mancare a quelle obbligazioni, e tuttavia conservare una posizione civile conveniente ed onorevole, quindi la pena del mancamento non è tale da produrre questa specie di mutazione di stato.

9. Nondimeno il non commerciante non isfugge sempre a una dichiarazione di fallimento. Vi sono tali operazioni complesse, e constanti di tale moltitudine di atti che colui che vi s'impegna, benchè in tutto il resto faccia vita civile, si considera commerciante, e precipita in fallimento con tutti quelli che gli furono compagni d'impresa. Siffatta solidarietà incontra ogni socio di società in nome collettivo (1); e non lo salva il dire ch'essa è l'unica società, e così l'unico atto commerciale che abbia fatto a' suoi giorni; poichè ammesso pur anco che un'impresa di questo genere possa reputarsi atto unico, e non una serie e un complesso di atti, tuttavia il socio non può pretendere di farsi una condizione diversa dagli altri soci, sebbene non eserciti che una professione civile, come di medico e notaio; il che fu cento volte deciso.

Un criterio non espresso nella legge, ma che emana da tutte le sue manifestazioni, superiormente per noi esposto con altre parole, si è che non solo la professione, ossia l'abituale esercizio, ma altresì la natura dell'operazione può qualificare il commerciante. Quella specie di universalità che caratterizza una società in nome collettivo; quella corrente di fede pubblica che richiama al proprio centro; quel contributo di opinione più o meno estesa che ogni socio conferisce al credito della società, sono fatti che oltrepassano l'indole di un semplice atto di commercio; e se non costituiscono, a dir proprio, una professione abituale, determinano un esercizio non meno obbligatorio in faccia al credito pubblico.

10. Il Codice descrive con cura solerte e diligente gli atti moltiplici e varii di cui s'intesse la vita commerciale; e dopo ciò sembrerebbe inutile l'andar ricercando i criteri ai quali s'informò il legislatore nel determinarli. Tuttavia anche nel supposto che tutto quello che è lavoro commerciale fosse contenuto nel Codice, non sarebbe senza un qualche costrutto scientifico il farsene un'idea sufficientemente precisa. Ma l'esame è necessario, indispensabile, per due ragioni: 1° perchè non tutte le forme degli atti commerciali hanno potuto comprendersi nel Codice; 2° perchè bisogna aver in mente il criterio della differenza rispetto a quelli che hanno attinenze cogli atti commerciali, eppure non sono.

Dovendo il commento dei singoli articoli piuttosto alle specialità dedicare, che alla generalità, è d'uopo ch'io me ne occupi in questo luogo, toccando le prime ragioni, e riserbando all'esame degli articoli le vedute effettive e pratiche.

11. *Criteri della commercialità.*

a) *La professione.*

La professione abituale di commerciante ha questo effetto, di far credere alla commercialità dei suoi atti, quantunque non siano improntati di un carattere decisamente commerciale, ma possano senza sforzo per una certa equivoca loro apparenza classificarsi fra gli atti civili. Essi, può dirsi, contengono elementi commerciali *latenti* (senza ciò non potrebbero mai comprendersi fra i commerciali) che nella opinione di chi li giudica emergono per deduzione fattane dall'abituale esercizio dell'obbligato; ed è cosa specialissima al commercio, che la interpretazione di un atto sia governata in modo autentico, e per determinazione di legge, da un criterio *soggettivo* desunto da atti congeneri, ma estranei a quello di cui si tratta.

b) *Intenzione.*

L'animo, la intenzione di incontrare una obbligazione meno grave, non deve che allegarsi; *propensior sis ad liberandum*, ma qui troviamo scritto, nell'interesse del commercio,

(1) Non facciamo in questi preliminari che accennare situazioni che saranno poi dimostrate nei luoghi opportuni.

un principio opposto. Non commerciante, l'obbligato avrà per sè la presunzione di non aver voluto fare un atto di commercio; l'incertezza dell'atto, il dubbio, gli daranno sufficiente appoggio, dal caso in fuori che l'atto stesso, come si presenta nel suo esteriore, non contraddica all'asserzione. Invece la professione di commerciante gli attribuisce per se stessa la intenzione di fare atto di commercio; perchè un'abitualità non meramente accidentale, ma ordinata ad uno intento conosciuto, fa supporre la coerenza delle nostre azioni a quel medesimo fine. Così la intenzione di commerciare nel commerciante si congiunge alla sua professione, come la causa all'effetto.

E qui ho d'uopo ricordare una distinzione importante. Ho detto che vi sono tali operazioni che, indipendentemente dalla professione abituale, impongono a chi ne fa parte tutte le obbligazioni proprie del commerciante (nº 9). Peraltro, dato che costui non si trovi veramente complicato che in quella sola operazione commerciale, e la sua vita abituale sia dedicata a tutt'altro esercizio, p. e., ad insegnare la scienza, a coltivare la musica, a fungere contabilità quale impiegato in qualche dicastero, la presunzione di commercialità non lo seguirà con tanta insistenza nei suoi atti non aventi espresso carattere commerciale, ma solo sarà un elemento considerevole ai giudici che devono apprezzarli.

c) *Causa commerciale.*

L'espressione della causa commerciale nell'atto è la sua più potente dimostrazione. In tutti quegli atti che la legge dichiara commerciali, la causa è impressa nella nozione, e quindi niuno potrà mai dire che non abbia causa commerciale un'impresa di manifatture, un'operazione di banca e via discorrendo. Allora la controversia sarà, se concorrano gli estremi che costituiscono la nozione. La causa commerciale è presunta nel commerciante, e non presunta nel non commerciante; onde il singolare fenomeno che lo stesso atto sia commerciale per l'uno e non per l'altro dei contraenti; del quale parleremo altrove. Vediamo intanto che ciò non può procedere che dalla prevalenza di un concetto soggettivo (1), nel quale si confonde la stessa causa commerciale in quanto interpretabile. Presunta per la professione, si ritiene esistere nella intenzione del commerciante, come anello della catena di cui si compone la sua vita di traffichi.

d) *Forma dell'atto.*

Intendiamo per forma dell'atto tutto quello che l'atto presenta nel suo estrinseco a dimostrazione della sua commercialità.

Intanto bisogna por mente che col vocabolo *atti di commercio* la legge comprende tanto le operazioni, o propriamente i fatti commerciali, quanto i contratti e la loro prova scritturale. Fra questi ultimi sono le *lettere di cambio*, gli *avalli*, le *rivalse*, ecc. (art. 2, nº 6); i biglietti all'ordine (nº 7); contratti scritti, di vendita, di società, le polizze di carico ed altro. I fatti, in quanto tali, non hanno una forma, ossia un modo di essere permanente e riconoscibile; quando parliamo di forma, è d'uopo restringersi a quegli atti che in fine non sono che mezzi dimostrativi di promesse ed obbligazioni; e si distinguono dalle operazioni effettive del commercio, quanto l'agire dal promettere.

Il criterio della forma ha in commercio una virtù superiore a quella che si annette ai contratti civili. Ciò che appare è ciò che si legge nell'atto: è la verità rapporto ai terzi. Questa potenza della esteriorità è invero la vita e l'anima del commercio. La carta commerciale passa di mano in mano quasi come la moneta (2); intreccia ad ogni suo passaggio nuove transazioni; il vizio della sua origine, le sue infermità latenti, per così esprimermi, nel concetto della legge hanno perduto importanza verso un interesse d'ordine superiore; l'interesse del credito.

Mi sia permesso togliere da questa idea un'altra che può sembrare sottile, ma è pur vera. Discorrendo della *forma* in tema commerciale, la mente spazia in un concetto più esteso che in quello della procedura. Ivi la questione della forma si aggira quasi sempre sulla modalità. Io intendo chiaramente cosa si è voluto fare coll'atto di procedura, ma ciò poco importa; l'atto dev'esser fatto in un modo piuttostochè in un altro; diversamente è nullo. Assai rari sono in commercio gli atti dominati dalla modalità; e questa stessa modalità, per quello che or ora dirò, è tutta nell'interesse dei terzi. La forma, ossia l'espressione estrinseca dell'atto, è imponente per questo, perchè è il solo titolo opponibile ai terzi, il solo regolatore delle nostre transa-

(1) Ossia dal modo con cui le parti giudicano i loro proprii atti, anzichè dall'oggetto riconoscibile e dalla realtà, la quale invece prevale quando appare di fuori e si manifesta, nè allora è lecito allegare una intenzione diversa.

(2) Dico *quasi* perchè vi hanno fra le carte girabili titoli nominativi.

Digitized by Google

zioni coi terzi. In commercio si procede largamente e di buona fede nella interpretazione degli atti: può esservi talvolta bisogno del sussidio della interpretazione, ma ciò che per questo mezzo si deduce è sempre il contenuto dell'atto, come disse sapientemente SAVIGNY; ciò che appare alla intelligenza è come apparisse dal materiale dell'atto; e se vi si aggiunge, come di solito avviene, la spiegazione che nasce dal fatto e dal procedere delle parti, tutto questo va a congiungersi coll'atto stesso per costituire la sua forma apparente e la sua espressione reale.

Vi sono alcuni atti che la legge circonda di una forma particolare e propria. Tali sono le lettere di cambio (art. 196), i contratti d'assicurazione (art. 446), quelli di noleggio (articolo 381), le polizze di carico (art. 389), ecc. L'oggetto precipuo di tutte queste cautele è la sicurezza dei terzi. Aggruppandosi intorno a cotali operazioni una moltitudine d'interessi, parte a servigio della operazione medesima, parte per innesto e sviluppo di altre speculazioni propagantisi per vasti spazi nel mondo commerciale, la legge dettò quelle peculiari forme onde chiunque volesse attendere a quella impresa e approfittarne potesse leggere nella carta, quasi direi, il codice secondo il quale deve regolarsi. Quale mai sarebbe l'effetto della imperfezione della forma? Forse la nullità come nel processo giudiziario? Non posso ora rispondere compiutamente a un tanto quesito; ed anche sarebbe difficile proporre una teoria generale e comune. Sarà soggetto di osservazioni interessanti nel corso del libro. Ora mi fermo a questa, che la nullità non si potrebbe mai opporre al terzo, mentre potrebbe aver luogo fra i contraenti, o i rapporti nati fra loro potrebbero venirne notabilmente modificati. Il terzo stesso potrebbe sentirne nocumento, in quanto si fosse appropriata la convenzione così imperfettamente espressa, nè potrebbe allegare di esser stato ingannato (1).

e) *Che il fatto abbia attitudine di svolgersi commercialmente.*

Risulta talvolta da transazione simultanea (2) che l'una delle parti consuma quella materia che potrebb'esser soggetto di commercio, mentre l'altra prepara con essa il proprio commercio. Perciò, come vedremo anche meglio, è la *compra* e non la *vendita* di derrate e di merci che giusta l'articolo 2, n° 1, qualifica l'atto commerciale, che per conseguente è tale pel compratore e non pel venditore. Chi vende, cambia in danaro la roba sua; e spogliandosene, ne riveste il compratore che fa assegnamento su quelle derrate e quelle merci per farne un nucleo di ulteriori negozi e svolgere un commercio. La intenzione di commerciare (che deve provarsi al tempo dell'acquisto), può bene attribuirsi a lui, ma non al venditore. Il venditore ritira del danaro col quale, è vero, potrà fare operazioni di commercio quante vorrà, ma il danaro, generalmente parlando (3), è supremo istromento, mezzo e non materia di traffico.

Il venditore ritirando del danaro può fare fra sè e sè i suoi conti, e dire: questo danaro io lo impiegherò nel traffico. Ma siffatta intenzione resta quella che è: un pensiero che può tradursi o non tradursi ad effetto; ma visto che quell'uomo ha poi trafficato il danaro, non si ha il diritto d'inferirne che sin dal momento della vendita ne aveva formato il proposito, e perciò vendendo facesse un atto commerciale. Veramente col suo danaro acquistando merci per rivenderle, egli inizia un commercio: ma il primo atto di questo suo commercio è la compra di cose abili al commercio, e non la spendizione del danaro. Con questo argomento esposto di volo confermo la proposizione, e spero di meglio dimostrarla scendendo ai casi specifici.

f) *Destinazione.*

Questo criterio è una riprova della grande importanza dell'elemento soggettivo nella qualificazione dell'atto di commercio.

La *destinazione* è qualcosa di diverso della *intenzione* (V. sopra lettera *b*). Questa è generica: l'intendimento di commerciare; quella è non solamente un proposito, e quindi una intenzione più concreta e meglio determinata, ma accenna eziandio alla predisposizione ideale di un corpo pure determinato che si dedica, a

(1) In tal caso non sarebbe propriamente un terzo. In questa sottile materia commerciale anche il predicato di *Terzo* può subire significati non identici, e più estesi che in materia civile. Generalmente intendo i creditori, e quelli che non sono autori, soci, cooperatori, interessati o assuntori dell'impresa.

(2) Uso ed userò la parola *transazione* in senso di convenzione, accordo, promessa e simili: vocabolo che, prescindendo dal valore tecnico e proprio, rappresenta assai bene l'avvicendarsi dei negozi e le celeri trattazioni dei negozianti.

(3) Sarà altrimenti quando il danaro si consideri *merce*, come si dice; per esempio il cambio delle monete. Ma ben guardando l'atto di commercio, in simili casi, è intellettuale, consistente nello stesso cambio e non nella moneta.

Digitized by Google

così dire, alla fortuna del commercio. La destinazione segna il passaggio della volontà all'atto; poichè quantunque la destinazione non sia pur essa che un indirizzo più specifico della volontà, è nondimeno una manifestazione e un atto estrinseco che si rileva, egli è vero, da fatti posteriori, ma che la ragione fa risalire al momento in cui quest'uomo ha risoluto il suo commercio. Qual è mai la conseguenza più proficua di questa dottrina? Ella è che certi fatti i quali non hanno un carattere sì deciso da poterli per se stessi qualificare atti di commercio, lo acquistano dalla destinazione, ossia dallo scopo a cui sono indirizzati. Quindi, come fu anche avvertito dal Pardessus, il cumulare mercanzie nei magazzini, il trasporto al mercato, non sarebbero per se soli atti di commercio da impegnare commercialmente chi li fa; ma divengono tali per la destinazione. Quando egli comprò le merci non disse che lo faceva per rivenderle e trarne un profitto; ma la serie concatenata delle sue azioni, diretta a questo fine, mostrò che sino dall'istante del suo acquisto egli nutrì questo intendimento; e così diventano commerciali gli atti stessi preparatorii del commercio.

g) *Che l'oggetto del commercio sia principale e determinante.*

Per apprezzare la ragione giuridica dei varii postulati che veniamo esaminando, è d'uopo risovvenirci che la legge non attende a definire la nozione scientifica o pratica — *commercio* — al modo degli economisti che ne fanno consistere l'essenza nel cambio delle cose mercatabili, nella corrispondenza dei servigi che equilibrano produzione e costo, o nello sforzo della produzione congiunto all'utilità che il cambio arreca, secondochè i ragionatori si chiamano Smith, Bastiat, Garnier o Ferrara. Rammento quello che ho detto di sopra ai ni 7 e seg.; il carattere giurisdizionale di questo titolo; lo scopo di non assoggettare alle ardue obbligazioni del commerciante se non coloro che si spingono nel traffico secondo le viste che il legislatore se n'è formato, avvegnachè certe operazioni siano o possano essere per la scienza veri fatti di commercio.

Questo che annunziamo è uno dei criteri più decisivi della obbligazione commerciale, in quanto cioè il giro o movimento commerciale sia da noi aspirato e voluto immediatamente quale istrumento e fonte di guadagno; laddove si entra in una veduta affatto diversa, quando dal nostro proprio fondo, per dir così, dalla nostra intelligenza, dalla nostr'arte e scienza ci procuriamo profitti vendendone i prodotti, piuttosto quale giusto guiderdone del nostro lavoro, che per ragione di traffico. Gli esempi sono destinati a far toccare con mano questa differenza, e ce ne son tanti, come vedremo anche appresso, che veramente abbondano (1). Perciò l'avvocato non è un commerciante; non è un commerciante il pittore che vende i suoi quadri, nè lo scrittore che vende i suoi manoscritti.

La difficoltà si presenta quando il guadagno che si ritrae immediatamente dal proprio lavoro si mischia e, direi, si combina con fatti d'ordine commerciale. Il maestro di musica che pone in iscena la sua produzione, e sino a un certo punto s'intromette nella impresa; l'operaio ai servigi di una compagnia impresaria di strade ferrate; si mettono realmente a contatto di un ceto commerciante, e cooperano alla sua speculazione. Ma vi cooperano tenendo sempre in vista l'opera propria, ed a quella appoggiandosi per cavarne un profitto non avventuroso, modesto, e proporzionato al lavoro che prestano; e non sono di quelli che cooperano al traffico pel traffico, secondo gli esempi che più avanti daremo.

Quindi la distinzione che continua sempre a discutersi, di artisti e artigiani o *manifatturieri* (2). Prescindendo dal genio che s'inspira dall'arte e dalla scienza, e quasi non cura il guadagno, generalmente il professore anche delle più nobili arti si propone un'utilità materiale, come io diceva di sopra, ed un'utilità propone alla propria industria il manifatturiere. Il lavoro dell'arte prepondera talmente nel primo ed ha una manifestazione tanto assidua e durevole nell'interesse di quella, che il lucro che se ne ritrae ha un carattere secondario. Lo scultore lavora per commissione e per guadagno, e vende i marmi foggiati a bassorilievi, a statue, a monumenti; ma il suo pensiero abituale vive nelle sue opere e non si volge al commercio che in un modo indiretto, e quasi chiedendone il soccorso, per utilizzarle (3). L'industria del secondo ha un indirizzo assoluto ed indispensabile al commercio;

(1) L'abbondanza però delle specie giudiziali provano la difficoltà inerente al soggetto; perchè se si torna così spesso sulle questioni, e vi è bisogno di tante decisioni, ciò è soltanto perchè i dubbi si rinnovano continuamente, mostrandosi combinazioni di variatissimo aspetto.

(2) Vedi il num. 17.

(3) Dico ugualmente dei mestieri e delle arti

Digitized by Google

le sue preparazioni non avrebbero scopo se non fossero pel commercio al cui immediato esercizio fornisce la materia lavorata ed acconcia; generalmente il manifatturiere è considerato nella effervescenza del suo lavoro che divide con molti collaboratori, e ha d'uopo di importante sussidio di macchine ed istrumenti, che è un altro criterio di commercialità (*V.* la lettera *l*).

Vi hanno istituzioni che non si alienano da operazioni di commercio; e tuttavia i loro rettori e direttori non si reputano commercianti e non sono passibili dei rigori di quella giurisdizione nè soggetti alle obbligazioni tributarie di registro, di patenti o d'altro, attaccate alla professione di commerciante. Se chi amministra una Cassa di risparmio fa talora degli atti che la legge qualifica commerciali, come stilando cambiali in tutta la precisione della forma, non vagheggia un guadagno dal commercio, e non è questo il suo oggetto determinante; ma ha due fini ugualmente filantropici e correlativi. Contribuire allo incremento della benefica istituzione: accorrere ai bisogni della industria colla modicità dell'interesse. Vero è che noi supponiamo operazioni attive; o se passive, riteniamo che l'amministratore abbia sottoscritto nella sua qualità e rappresentanza, e non nel suo proprio nome. L'operazione commerciale passiva lo trarrebbe invero alla giurisdizione del tribunale di commercio, ma sarebbe trattato come un non commerciante (1).

h) *Trasformazione della materia.*

È certamente questo uno dei caratteri che più spicca nella industria commerciale; e per essa l'opera umana diventa creatrice, poichè inventando nuove forme, inventa nuove cose; ed esalta, per così esprimermi, le materie prime ad usi, a risultamenti, non presagiti dalla loro natura avanti le potenti combinazioni a cui l'uomo potè assoggettarle dopo secoli di prove. Piuttosto che un commercio in se stesso, è un mezzo e un apparecchio; in altri termini, un elemento di commercio che riceve significazione dallo scopo a cui è diretto. È ben importante questo rilievo; imperocchè non è il solo pregio dell'industria commerciale, ma eziandio della scienza; anzi principalmente della scienza. L'arte suole invocarne il soccorso e i lumi; e allora ne riassume, per così dire, i risultati, e fa testimonianza al mondo della fecondità de' suoi concetti. Ma bisogna farli servire principalmente ed essenzialmente ad uno scopo di commercio, perchè altri possa argomentare l'obbligazione commerciale da applicazioni più o meno scientifiche.

Ciò che può dirsi di più generale si è, doversi distinguere in quanto il lavoro che trasforma la materia, o vi discopre nuove qualità utili, o ne deduce nuove applicazioni, sia opera della scienza ed arte di cui si fa una professione distinta, o piuttosto di un'industria non meno abile talvolta, ma che si collega col commercio che ne è conseguenza o il suo scopo diretto.

i) *Contributo ad opere e fatti di commercio.*

Cooperare al commercio col fornire materiali ed istrumenti con intenzione diretta a questo scopo, è una partecipazione del fatto commerciale, e può intendersi in più modi.

O questi mezzi sono applicati alla impresa propria, ed è troppo evidente ch'essi tengono dal fine qualità e ragione di essere; come la compra di materiali fatta dall'intraprenditore di costruzioni; la convenzione dei salari e stipendi all'equipaggio della nave mercantile.

O si contribuisce alla impresa altrui somministrando materiali, senza i quali non potrebbe condursi nè eseguirsi. Questa è condizione di gran rilievo. Vedremo or ora che l'idea della *quantità* è uno dei fattori più rimarchevoli della commercialità. Chi vende qualche materiale di poco valore ad un costruttore non può dirsi ausiliario efficace della sua impresa; molto meno chi presta un'opera personale con uno intento diverso da quello che anima la stessa impresa, cioè il commercio. L'operaio non è commerciante, quantunque qualche cosa di non indifferente vi contribuisca: la mano, la forza e, se vuolsi, l'intelligenza. Ma noi parliamo di somministrazione di materiali, di somministrazioni ragguardevoli, a scopo conosciuto; è un commercio perchè si utilizza la materia in una relazione di fine colla impresa a cui serve, ove la impresa sia commerciale. E costituisce anche un commercio a sè, indipendentemente dall'indole della impresa, per la ragione appunto che non è propria. Un proprietario che fa una costruzione e compra materiali a quest'oggetto, non fa un atto di commercio nel fine, e non si può imputare di farlo nei mezzi. Che interesse ha il somministra-

meno nobili, che essendo l'occupazione della vita, traggono a sè il pensiero, e per così dire tutto l'uomo.

(1) Non è questo il solo luogo ove io parlo di questo grave soggetto; ma ne tocco quanto basta a questa propedeutica.

Digitized by Google

tore di materiali nella costruzione? Ma egli d'ordinario è un fabbricatore; oppure comprò egli stesso i materiali allo scopo di rivenderli; e la fabbricazione o il cambio indirizzò al guadagno (1).

O finalmente le somministrazioni senz'avere un rapporto di quantità sì notevole, hanno un carattere specifico e peculiare in ordine alla impresa essenzialmente commerciale. Tali sarebbero quelle di attrezzi, vele, cordami espressamente fabbricati per la navigazione; perchè colui che può fare e fa tali somministrazioni è un uomo dedito al commercio, non potendo contemplare alla sua industria altro oggetto, altro impiego che il commercio marittimo.

l) *Quantità e importanza del lavoro commerciale.*

Se il criterio della commercialità tenesse all'astratto e all'assoluto, la minore o maggiore estensione del commercio non verrebbe in considerazione. L'economista non farebbe simile differenza: come il moralista non ammette parvità di materia. Pel primo, e con ragione, ogni atomo di moto e di lavoro aggiunge qualche cosa d'interessante a questa grande espressione della vitalità sociale. Ma la legge si occupa della posizione giuridica che è fatta all'uomo dal proprio modo di operare e di vivere. Ben guardando, non è che interpretazione della volontà e della intenzione. Sino ad un certo punto si può ritenere che l'uomo non voglia oltrepassare la sfera della proprietà, della scienza o dell'arte, svolgendo le connaturali sue forze eziandio con abilità particolare, con industria ingegnosa, non senza proposito di trarne un lucro materiale, che sarebbe aspirazione troppo comune per farne una posizione speciale. È più difficile alla teoria che alla pratica avvisare quel punto nel quale da questa sfera, per così dire, individuale si passa a quella ove comincia l'interesse generale del commercio. Perciò non abbiamo altro criterio che la quantità del moto, condonatemi anche questa frase, che l'uomo dà a se stesso e alle sue produzioni, e la importanza dell'effetto. Un agricoltore industre sa profittare dei trovati dell'arte per costringere la terra a più feconde emissioni; ne lavora i prodotti in un modo più squisito e, dirò, inaspettato e mirabile; l'elemento dell'industria rivaleggia e forse supera il naturale; vende, e raccoglie cospicui guadagni. Fin qui e per questo solo non è un commerciante. Ma egli si estende; acquista dei latifondi; sviluppa la sua industria in grande; ha d'uopo di magazzini, di fondachi, e di valersi di un gran numero di operai, di ampliare le sue relazioni, di mettersi a contatto con commercianti per dare sfogo ai suoi prodotti lavorati, d'incaricarsi di spedizioni lontane; egli ha oltrepassato la provincia dell'agronomo industre e valente; egli abbraccia un orizzonte più esteso; insomma è diventato un commerciante.

Questo criterio ha delle applicazioni subalterne non meno appropriate. L'arte tipografica non è per se stessa un commercio; lo è quando viene adoperata a fornire pubblicazioni vaste e continue; ha bisogno di maggior copia di materiali, di operai; di aprire un'amministrazione ed una corrispondenza con librai e uomini di professione; la tipografia è uno stabilimento; il tipografo è un editore; benemerito del mondo letterario, egli si mette in evidenza nel mondo commerciale.

In quelle materie che stanno per così dire sui confini fra l'arte e il commercio, è appunto il *grado d'ingerenza* che decide. Finchè il maestro di musica, lo scrittore di drammi, dirige la scena, sopravveglia l'incasso sul quale riceve la retribuzione del suo lavoro, si occupa delle spese serali per aumentare il proprio benefizio, non s'immischia realmente nella impresa dello spettacolo; un passo più in là, ne diventa corresponsabile; fa atti di commercio. Se invece di avere una parte determinata nell'incasso, divide anche le perdite associandosi alla impresa; se nell'interesse di quella si adopera attivamente in faccia ai terzi, molto più se, oltre l'importanza del nome di autore, versa capitali nella impresa, eccede quella parte che come ad autore gli si poteva attribuire, e prende posto fra gli speculatori.

m) *Azzardo e profitto indeterminato.*

E sembra non potersi la nozione di commercio da questo disgiungere. Vero è che l'uno e l'altro occorrono nelle imprese e rapporto alle associazioni meramente civili; quindi se egli è questo uno dei maggiori criteri della commercialità, non è però assoluto. La materia che n'è l'oggetto, la manifestazione estrinseca, separano le società civili dalle commerciali (2). Vi hanno adunque atti e imprese civili con azzardo e profitto indetermi-

(1) Ci basterebbe la legge, la quale però esige spiegazione (articolo 2, num. 8). Ciò sarà meglio chiarito nella glossa all'articolo.

(2) Non è qui ove io possa occuparmi delle distinzioni ed attinenze delle società civili e commerciali; esame abbastanza importante e difficile, che premetterò all'esame del Titolo VII di questo Libro.

Digitized by Google

nato (1), ma senza questo il commercio mal si comprende. Quindi non sono fra i commercianti quelli che cooperano ad una impresa di commercio, ma senza profittarne, senza correrne i rischi; servono a stipendio, a salario fisso; soggetti o no ad essere licenziati o revocabili, secondo i casi, hanno retribuzione in ragione del tempo in cui prestano l'opera personale; cessano e si staccano dalla impresa senza responsabilità precostituite quando quella viene a mancare anche per fallimento. E non solo ciò accade per coloro che hanno stipendio fisso, ma eziandio indeterminato, purchè in proporzione dell'opera, dentro contingenze limitate e a titolo compensativo (2). Anche questo però dicesi con riserva, essendovi talora certe posizioni degli agenti salariati che li espongano in faccia ai terzi (3).

Vi ha qualche industria subalterna, attaccata per così dire ad una impresa di commercio, senza parteciparne la responsabilità, senza essere commerciale essa stessa. L'associatore nell'interesse di una Casa editrice, che viaggia per conto di essa spacciando libri e programmi, e riceve a premio un tanto per firma, concorre validamente a sostenere il commercio librario, ma non ne partecipa e non ne divide le vicende, poichè l'associatore esercita un'industria propria che ha un proprio oggetto (4). Il suo premio è determinato, sebbene eventuale; è il premio del lavoro, dell'alacrità, della pazienza, e, se vuolsi, dell'importunità, ma sempre dell'opera personale, quantunque in ragion del successo; è un correspettivo misurato dall'esito, cioè dalla efficacia dell'opera prestata.

Un simile criterio influisce pure a determinare la posizione di certi spacciatori che apparentemente esercitano un commercio, ma si trovano avere un guadagno circoscritto da ordinamenti ai quali devono servire. Tali per esempio i tabaccai e venditori di sale che ricevono i generi dalla pubblica amministrazione; e non possono eccedere nella vendita o rivendita una certa misura di prezzo (5), formandosi il loro guadagno in ragione proporzionata all'incasso.

n) *Indipendenza da servigi che attribuiscono un diverso carattere ad atti apparentemente commerciali.*

Benchè negativo questo criterio, non si può dividere dalle osservazioni che siamo venuti facendo, senza lasciare la nozione incompleta.

Vi sono operazioni niente diverse da altre che costituiscono atti di commercio, e nondimeno passano in una diversa categoria attesa la dipendenza e la relazione che hanno con altri fatti di un ordine affatto diviso dal commercio dei quali si pongono istrumenti ed esecutori. Quegli stessi spacciatori che ho mentovati ne sono un esempio. I venditori di tabacco si ritengono quasi agenti volontari dell'amministrazione pubblica da cui ricevono il genere privilegiato; perciò la giurisprudenza non li ha per commercianti (6). Lo stesso è a dire per le commissioni e i trasporti che si fanno nell'interesse pubblico per ordine e conto del Governo, eccettochè non si tratti di intraprenditori pei quali la commissione dei trasporti formi un ramo del loro proprio commercio (7).

Qual è la causa per cui siffatti operatori non sono commercianti e non ne subiscono le obbligazioni? Perchè rappresentano lo svolgimento di un primo movente che non è commerciale, e fanno seguito e recano ad altri gli ordini della pubblica amministrazione, che non avrebbero il pieno loro effetto se non fossero coadiuvati nella esecuzione.

o) *Conferimento di capitali.*

L'opera personale, l'industria affine, ausiliaria, coadiutrice d'imprese commerciali, permette non poche ricerche intorno alla partecipazione che per essa può incontrarsi negli

(1) Assicurazioni terrestri di vita dall'incendio, dalla grandine, e via discorrendo. — Materia su cui faremo altrove qualche parola.

(2) Avvertenze necessarie; perchè non rare volte l'opera tien luogo di capitale, e attribuisce diritti ed impone obbligazioni sociali.

(3) Lo vedremo più avanti nel commento speciale.

(4) Vedi la sentenza della Corte suprema di Torino del 1867, Maestro - Franco, a mia redazione.

(5) Ho detto — *influisce a determinare* — perchè vi è un'altra ragione che li fa considerare non commercianti, come vengo a dire.

(6) Quand'anche vendano altri arnesi pertinenti allo stesso ramo d'industria, quali pipe, porta-sigari, zolfanelli, e simili, purchè in poca quantità; chè si considera accessorio dello spaccio principale (Lione, 29 agosto 1861; Caen, 10 novembre 1862, *Cour de Palais*, anno 1863, pag. 669; Pardessus, n° 16; Orillard, *Compét. comm.*, n° 274). Contraria, ma non seguita, è l'opinione di Nougier, *Tract. de comm.*, tom. 1, pag. 586; Massé, *Droit comm.*, seconda edizione, n° 937. Il Consiglio di Stato francese, nel decidere per la patente di commercio, si è sempre risoluto secondo la importanza del commercio accessorio.

Pongo qui questa nota, quantunque specifica, per non tornar più ai tabaccai.

(7) Elemento non facile a sceverarsi, per cui se ne dovrà discorrere specialmente.

Digitized by Google

obblighi dell'intraprenditore, per la ragione che essa non porta abbastanza chiaramente scolpito l'oggetto commerciale, e può avere delle spiegazioni indipendenti. Ma chi arreca ad un'impresa di natura commerciale i suoi capitali, che è la forza prima e suprema di tutte le imprese di questo genere, afferma il suo scopo con una evidenza incontrastabile. La sola differenza e il solo dubbio, che accenniamo di volo, può nascere da ciò, che in luogo di conferire il capitale allo scopo diretto dell'impresa (1), non si faccia che una sovvenzione in vista di ricavare un interesse compensativo dall'impiego del suo capitale: nella qualità insomma di creditore (2).

p) *Che la materia sia mobile.*

La legge non ha mai parlato di compre di immobili per rivenderli, nè di rivendite d'immobili per qualificarli atti di commercio. Deve bastare al giureconsulto pratico. In teoria vi ha una doppia ragione per così ritenere. Il commercio vivere di moto, alimentarsi e crescere nella rapidità dei cambi, e non potersi concepire senza una materia agevole e sempre pronta alle trasmissioni, mutabile di luogo e di forma. L'altra ragione, che può riputarsi principale, si è, che la giurisdizione del magistrato commerciale non sarebbe più in proporzione con siffatto commercio; dovrebbe implicarsi di gradatorie, d'ipoteche, di un gran numero d'interessi essenzialmente civili che verrebbero ad immischiarvisi; e ciò non sarebbe conforme al suo carattere e alla sua costituzione. Ed è verissimo in relazione al Codice, e praticamente non si può risponder nulla (3).

Ferma la idea, noi troviamo esser questo, fra i molti criteri esaminati, l'unico che si determini puramente dall'oggetto senza curare affatto quanto può esservi d'intenzionale e di soggettivo. Fingasi che dei commercianti vengano a fissare il loro traffico nella compra e vendita e rivendita continua di beni-fondi, attivando una speculazione come un'altra; non formerebbero che obbligazioni civili; sarebbero soggetti alle leggi del Codice civile. Nè la professione del commerciante, nè la intenzione di lucrare con tal mezzo, nè l'abitualità, nè il lucro effettivo che se ne raccoglie bastano adunque a qualificare come atto commerciale la compra e vendita dei fondi: la materia resiste.

Non è però da confondersi con altre contrattazioni che fossero per avventura dirette a quel fine, e il fine fosse anche spiegato. Commerciante o no, colui che emette delle vere lettere di cambio coll'animo di servirsi di quei valori per acquistare dei beni-fondi, si obbliga commercialmente. I prodotti stessi dei beni possono in più guise volgersi ad operazioni commerciali (4) nella loro qualità di cose mobili; quelle circostanze che rimasero senza influenza quando si trattò dell'acquisto o della vendita dell'immobile, non trovando più resistenza nella materia, ripigliano la giuridica loro significazione, e valgono a determinare il carattere dell'atto.

Si discende ad ulteriori osservazioni, distinguendo i casi in cui il corpo immobile, tal quale esiste, è oggetto del contratto; e i casi in cui si tratta di creare, per così dire, l'immobile (fabbricare una casa), arricchirlo di nuove costruzioni o di opere permanenti allo scopo della coltivazione o ad ornato, la nuova creazione è dovuta al lavoro, all'esercizio dell'attività umana, che utilizza operai, materiali, metodi d'arte, e ne fa ingegnose applicazioni: è questo il fatto predominante dal quale si deve dedurre il carattere giuridico dell'operazione nei rapporti del commercio. E quando vi sia un intraprenditore, secondo quello che si è notato alla lettera i), la operazione commerciale è stabilita: il suo soggetto o ragione di essere è la stessa costruzione, come sarebbe un altro fatto qualunque, che si consuma col proposito determinato di fare un guadagno che la legge qualifica commerciale.

q) *Che la cosa mobile sia oggetto di commercio, e non accessorio al servigio d'immobile.*

Ultimo riflesso a conferma del precedente. Trovandosi nelle contrattazioni, aventi per oggetto principale un immobile, commiste cose mobili, è ovvio il domandare se l'atto commerciale non si presenti in quella parte che concerne le cose mobili. E allora nasce la distinzione conosciuta in giurisprudenza, in quanto il mobile sia per se stesso oggetto di commer-

(1) Per cui vengono ad assumersi obbligazioni più o meno late, secondo la natura dell'associazione.

(2) Spiegheremo la differenza nel capitolo della società.

(3) Un giorno, quando la mobilizzazione fondiaria sarà portata alla sua perfezione, io non dubito che anche il commercio degl'immobili potrà ricevere quella elasticità e movimento che si conviene; e allora si troverà modo di adattarvi la giurisdizione che esiste per le cose; non già le cose dipendono dalla giurisdizione.

(4) Vedi le Annotazioni all'art. 2, num. 1.

cio, o quantunque l'uso di esso non manchi di esser proficuo ad un commercio che realmente eserciti il proprietario, tuttavia non possa considerarsi che in relazione immediata e adesiva coll'immobile (1).

12. Con tutto questo non abbiamo esposto che una specie di analisi del concetto che si vela sotto la formula — *atto commerciale* — indicando gli elementi più spiccati che possono concorrere nella sua determinazione reale e pratica. Niuno di cotali elementi (appunto così li appelliamo) costituisce da sè l'atto di commercio; sono come frazioni dell'idea, che poi si congiungono variamente, ed anche in proporzioni non sempre conformi, per costituirla, e dichiaro che non potrei neppur tentare di dedurne quella che chiamasi una definizione. È stato detto: nulla di più difficile che dare una definizione perfetta di ciò che è un atto di commercio (2); io aggiungo: nulla di più pericoloso, secondo l'antico avvertimento: *omnis definitio in jure periculosa est*; e vi rinunzio (3). Anche perchè non è possibile statuire *a priori* e teoricamente ciò che, per le cose dette, racchiude tanta parte di soggettivo e d'intenzionale, e dipende dalla valutazione di fatti e circostanze (4). Lo stesso legislatore si è guardato dal definire l'atto di commercio; non ha fatto che descriverlo. Le nozioni che ne risultano non formano un concetto unico, ma varii e distinti. Varietà che si enuncia nella dizione medesima — *atti di commercio* — non rappresentando quello che il commercio è in sè stesso, ma semplicemente dei fatti che vi hanno rapporto. Tale rapporto però che basta a stabilire determinate obbligazioni giuridiche. Ora difatti l'atto di commercio è considerato nella sua effettualità: nel cambio, che costituisce l'essenza del commercio (articolo 2, n[i] 4, 5, 6, 7, 17). Ora è il fatto particolare che lo prepara (n° 1). Ora atti di commercio sono quei fatti generali che ricevono una denominazione dall'oggetto che si propongono, e constano di un numero infinito di atti subalterni che ne costituiscono l'esercizio (n[i] 2, 3, 8, 9, 10, 15, 16). Talvolta l'atto di commercio consiste in fatti cooperativi, o famulativi, o ausiliativi di una operazione espressamente commerciale (n[i] 11, 12, 13, 14).

Non è dunque coi sussidi della teoria che possa costruirsi una definizione, perchè in fine il Codice ha ragione di non guardare che sè stesso e porsi a centro della istituzione da lui promulgata. In tale rispetto l'atto di commercio = è un fatto giuridico che attribuisce diritti e impone obbligazioni riconosciute dal Codice di commercio. =

Articolo 1.

Sono commercianti quelli che esercitano atti di commercio e ne fanno la loro professione abituale.

13. *Quando la qualità del negozio a cui si applica, determina l'abitualità o vi equivale.*
14. *Sulla questione, se la qualificazione di commerciante che taluno ha data a sè stesso, lo aggravi delle conseguenze che sono annesse all'esercizio effettivo di quella professione: variano la dottrina e la giurisprudenza.*
15. *Si osserva in rapporto al biglietto all'ordine, ove soltanto la questione diventa grave.*
16. *Il biglietto all'ordine sottoscritto da non commerciante che si qualifica tale, deve ritenersi atto di commercio; e prova contro di lui.*
17. *Quando gli esercenti una professione liberale o meccanica siano a considerarsi commercianti. — Ragione di questa formola.*
18. *Il manifatturiere è addetto al commercio per lo significato proprio del vocabolo.*

(1) V. lo sviluppo delle idee ai num. 28, 29, 30.

(2) « Rien n'est plus difficile que de donner une définition parfaitement exacte de ce que constitue un acte de commerce dans le sens de la loi, car le même fait acquiert ou perd ce caractère selon l'intention qu'y a précédé, ou selon le plus ou moins de fréquence d'actes semblables, ou suivant la qualité des personnes dont le fait s'est accompli ». DALLOZ.

(3) Alcuno l'ha tentata, ma senza riuscita. È inutile citare l'autore.

(4) Non è dunque controversia da portarsi in cassazione quella che sta nel sapere se un atto sia commerciale o no? In altri termini, una simile questione è di fatto o di diritto? L'ordine esige che io rimetta questo esame al Titolo I, della competenza (Libro IV).

Digitized by Google

19. *Se l'artigiano che vende abitualmente materie prime dopo averle lavorate, si consideri commerciante laddove non acquisti se non in proporzione delle commissioni che riceve. — Opinioni diverse.*

20. *L'artigiano, l'artista, ecc., non è commerciante; quando si dica oltrepassare i limiti dell'arte.*

21. *Il farmacista non è commerciante.*

22. *Salnitrai; quando siano considerati commercianti, malgrado la loro necessaria dipendenza dalla pubblica amministrazione.*

23. *I ricevitori generali, anche in senso di appaltatori della riscossione delle tasse, non sono commercianti.*

---

13. L'articolo 1° dichiara commerciante chi fa del commercio la sua professione abituale. Il 2° e 3° descrivono la serie degli atti che la legge qualifica commerciali. Fra codesti atti ve ne ha che costituiscono la professione abituale; altri che, rimanendo isolati, non attribuiscono il carattere di commerciante, quantunque vi si annettano diritti ed obbligazioni riconosciuti dal Codice di commercio, e quindi di carattere commerciale (1).

L'articolo 2°, in varii de' suoi numeri, parla d'*imprese* (2). Tutte queste imprese rappresentano i costumi e la vita dell'uomo che le assume o vi esercita una parte principale. Per questo che è impresario di spettacoli, di fabbriche o costruzioni, di manifatture, è commerciante. Ancorchè la *impresa* non sia delle più vaste, in essa vi è tanto di occupazione e di moto da assorbire gran parte della vostra esistenza. Più: essa costituisce quella che si direbbe la vita pubblica del commerciante. Si fa creder tale da tutto il mondo: adunque è: perchè il parere e l'essere in commercio si toccano.

Vi è pertanto in quelle nozioni una dimostrazione o un esemplare, se così vuol dirsi, di ciò che nell'art. 1° è una nozione generale.

La legge riconosce delle società commerciali (articolo 106) (3). Lo scopo loro può essere definito, e riguardare taluna delle imprese or ora accennate. Può riguardare eziandio altri negozi aventi carattere commerciale non avvisati dalla legge; poichè nella varietà e nel continuo progresso delle umane industrie, certo la legge non ha creduto di fissarne in breve pagina tutte le forme possibili. La società, quella principalmente che appellasi *in nome collettivo*, può abbracciare in un modo del tutto generico affari di commercio, e senza specificarne alcuno: il far parte di una società commerciale non è semplicemente atto di commercio, è un assumere professione di commerciante; talmentechè il fallimento della società porta eziandio il fallimento del socio nel suo particolare.

—

14. Ma gli atti possono essere di una natura meno complessa, apparire isolati e senza un certo nesso fra loro; e la prova della loro frequenza decide, poichè giunta a un certo grado stabilisce l'abitualità. Non è mio intento andar cercando come si formi tal prova, perchè non se ne esclude alcuna; ma voglio un momento vedere una questione solita a farsi, *se le qualificazioni di commerciante*, che taluno dà a se stesso, sia da considerarsi come una prova per sè disgiunta da fatti corrispondenti.

La dottrina e giurisprodenza si è mostrata esitante. Si tenne per qualche autore che la qualificazione di commerciante che uno si è attribuita, basti a considerarlo tale eziandio non essendo, ed a sottoporlo alla giurisdizione commerciale onde non possa trarre profitto dal proprio dolo (4).

Scrissero in contrario Guyot (5), Jousse, Merlin (6), Dalloz, e senza molta coerenza Orillard (7); si trovano decisioni varie, nostre e francesi. La Cassazione di Torino in una assai recente decisione (8) ha detto che chi in atti solenni si qualificò commerciante, tale

---

(1) Vedi sopra il nostro num. 7.

(2) Numeri 2, 3, 8, 9.

(3) Una volta per tutte: quando richiamo semplicemente un articolo, questo appartiene al Codice di commercio del quale ci occupiamo.

(4) Bouvot, *Arrêts*, tom. II, al vocabolo *Juge-consul*.

(5) *Répert.*, v° *Consuls des marchands*.

(6) *Répert.*, allo stesso vocabolo.

(7) *De la compétence*, chap. XX.

(8) 10 agosto 1867, giornale *La Legge*, an. 1867, pag. 78.

Digitized by Google

debba reputarsi. La Corte di Parigi: che un individuo il quale in una citazione avanti il Tribunale di commercio si qualificò commerciante, non può declinarne la competenza (1). La Cassazione francese, nel 7 marzo 1821 (PERRET e MOREAU): l'individuo qualificatosi commerciante in ogni atto della procedura, e tale ritenuto nella sentenza, quantunque nol fosse, non può farne capo di ricorso in cassazione allegando la incompetenza (2). Al contrario la Corte d'Orléans, nel 16 marzo 1839, sentenziò che a stabilire che un individuo è commerciante, non basta provare ch'egli siasi più volte qualificato tale. È necessario si giustifichi veramente il suo esercizio abituale in fatto di commercio.

L'esame della questione è relativo all'obbligazione e alla responsabilità giurisdizionale più o meno grave che incontra il non commerciante colle sue imprudenti o dolose qualificazioni; non concerne diritti che potesse perciò acquistare, poichè col mentire non si acquistano diritti.

Si possono fare più ipotesi e cavarsene lo stesso risultato, che cioè l'asserzione non tien luogo della realtà.

Tizio si è asserito commerciante in atti e contratti non commerciali. Tale dichiarazione non potrà giovare nè a chi ha contrattato con lui, nè ad altri che pretendessero diritti di natura commerciale da titolo diverso. Non al primo, perchè l'atto non essendo commerciale, la dichiarazione è superflua; non al secondo, che non potendo allegare di aver corso con suo danno la fede di quella dichiarazione, non potrebbe valersi di un atto estraneo che non fornisce tampoco un elemento della vita commerciale di quell'uomo.

Se dallo stesso atto risulta esclusa la causa commerciale, non è meno evidente che l'atto non potrebbe cangiar natura a profitto del creditore, solo perchè il debitore si qualificò commerciante. Che il contraente non potesse valersene ad altro fine onde poter un giorno o l'altro trarlo alla giurisdizione commerciale quasi confesso di essere un commerciante, è ugualmente chiaro, perchè da un atto che non era commerciale non poteva desumere una qualità personale che, per quanto fosse enunciata, non vi aveva rapporto.

Del resto appressando, per dir così, l'asserto alle conseguenze, la logica, la equità, la legge concorrono a respingerle. L'arresto personale, e tutto ciò che più gravemente colpisce il commerciante che manca alle proprie obbligazioni, non hanno ragione di essere se non nella verità dei fatti e nella realtà della colpa.

La questione comincia quando una persona è tratta al Tribunale di commercio quale commerciante per tale atto che non abbia in sè la impronta commerciale; e precisamente in relazione al disposto dell'articolo 3, n° 3; nel quale giudizio il citato conviene di avere la qualità che gli è attribuita, e negli atti della causa si qualifica commerciante. Indi pentito, o ravvisando la importanza delle sue dichiarazioni, le impugna.

In una condizione simile a questa furono quei giudizi nei quali nacquero le decisioni che ho rammentate al n° 14. Io però non vedo che possa ragionevolmente disputarsi fuorchè sopra una cosa sola. Ed è, se il convenuto dopo avere giudizialmente ammessa la qualità di commerciante, sia tenuto a provare il contrario, o possa imporne la prova all'attore. Non sono disposto a ritenere che una agnizione della propria qualità fatta in giudizio, e in corrispondenza alle pretese dell'attore, non abbia il menomo valore. Tolte circostanze particolari, mantengo che il convenuto possa esser ammesso bensì a far la prova negativa, ma ad esso incomba, e non più all'attore (3).

15. La vera difficoltà consiste in un caso

(1) 11 germinale, anno XI, Corbeau e Caratles. Aggiungi una decisione della Corte di Grenoble del 31 agosto 1832.

(2) Questa conclusione poteva partire semplicemente dal punto di vista che in cassazione non si fanno prove, e quindi la questione era di puro fatto.

(3) Vedi DALLOZ, *Répert.*, art. 3, num. 401 e seg. Una sentenza divenuta irretrattabile, nella quale sia ritenuta la qualità di commerciante, per confessione della parte, non potrebbe denunciarsi in cassazione, nella qual sede non potrebbe distruggersi la prova, cioè farsene una nuova. Si è veduto in principio del n° 14. E questa è la vera ragione. A conferma della quale aggiungo una decisione più recente della Cassazione francese del 26 marzo 1835, che fu preceduta da altra del 15 aprile 1830.

Ma finchè il convenuto è in grado di poter fare la prova contraria, io credo, contro quello che fu deciso nella citata decisione della Corte di Parigi (sopra citato n° 14), egli possa agire per incompetenza del primo giudicato, che sarebbe la conseguenza della prova negativa che gli è dato di stabilire in appello.

Che però una tale sentenza non costituisca cosa giudicata per altre vertenze, quantunque agitate fra le stesse parti, per me non è dubbio, non po-

Digitized by Google

ove l'atto ha veramente, nel suo aspetto e nell'ufficio a cui è destinato, un carattere al quale non manca per essere commerciale fuorchè la causa abile: tale è il biglietto all'ordine.

16. Il Codice di commercio si occupa di fatti specifici, ed esamina la condotta dell'uomo in tale relazione. Si è, per quello che si fa, non per quello che si dice di essere. Nulla di più semplice. La cosa però è meno semplice quando si tratta *di un biglietto all'ordine*, stilato nella forma commerciale, e sottoscritto da persona che si dichiara commerciante benchè in fatto nol sia. La Corte di Parigi, in una sentenza del 28 giugno 1815 (1), ritenne un biglietto all'ordine sottoscritto in tale qualità come un vero atto di commercio ad opera di commerciante. In effetto siffatta qualificazione sembra aggiungere qualcosa di sostanziale all'atto medesimo. Istrumento efficacissimo di commercio, il biglietto all'ordine obbliga il non commerciante non meno del commerciante, purchè *dipenda* da causa commerciale (art. 2, n° 7). E in vero l'articolo non dice che la causa debba apparire dall'atto. Può dimostrarsi fuori di esso, e come tutto ciò che può esser dimostrato, può eziandio essere presunto. Colui che in esso si dichiara commerciante può far credere che se tale non è, lo scopo peraltro o la ragione per cui emette il biglietto all'ordine, sia commerciale. Vi è dunque una presunzione specifica di commerciabilità dentro lo stesso atto. Questo è argomento di gran valore.

Si aggiunge che il traente o girante del biglietto all'ordine vorrebbe trar profitto dal proprio dolo. Vero è, siccome alcuno ha osservato, che il cedente non è tenuto per legge a dichiarare la sua qualità. Ma quando egli lo faccia, vi è ragione per credere che lo abbia fatto con intenzione; e l'intenzione è chiara: dare all'atto un'importanza che altrimenti non avrebbe, indurre il terzo ad accettare la tratta, facendolo persuaso che l'atto è commerciale, e promettendogli con ciò quelle garanzie che ne sono conseguenti. È impossibile che una tale dichiarazione passi inosservata alla equità dei giudici commerciali, come non fosse apposta. O è una verità, o è una menzogna. Se una verità, niente a dire; se una menzogna, essa la è rispetto a chi la pronuncia, nè può certo giovargli; ma non può considerarsi tale rimpetto al terzo. Intanto quella carta ha circolato di mano in mano, e tutti vi hanno letta quella dichiarazione, e tutti vi hanno creduto. Al soscrivente l'onore di averli tutti ingannati. In commercio non si può procedere così, e non mi resta che confutare il DALLOZ, che fortemente propugna la contraria sentenza (2).

Si dice che non è da siffatte dichiarazioni che il terzo possa trarre fiducia, non essendo connaturali all'atto. Vi ho risposto. Ma il terzo non deve credere alla cieca: s'egli confida in qualche cosa, dev'essere nella verità; egli sa bene che si posson dire molte cose non vere. Io sento maraviglia di questo argomento! Domanderei al signor DALLOZ se anche la causa espressa nel biglietto all'ordine non potrebbe esser falsa. Colui che lo ha steso, vi ha posto una formula indicante la causa commerciale. Ciò basta per ritenerlo atto di commercio. Ebbene colui ha voluto ingannarvi: la causa non era commerciale. Che monta, quando il biglietto abbia tutti i requisiti estrinseci voluti dalla legge?

Mi si parla dei minori! Non possiamo obbligarci, si dice, chi è essenzialmente incapace se non è legalmente autorizzato; nè la incapacità essenziale può essere compensata dalla opinione. Ma noi supponiamo un uomo capace di obbligarsi, e soltanto si vuol sapere sino a qual punto si obbliga. Non c'è che questa piccola differenza.

Si dice ancora che non è lecito invertire l'ordine delle giurisdizioni, ed esser fatto ai giudici severo divieto di non rilasciare mandato d'arresto se non nei casi definiti dalla legge. Non potersi ottenere indirettamente ciò che direttamente non si potrebbe; se non si può rinunziare ai diritti della propria libertà assoggettandosi ad arresto personale a sanzione di un debito qualunque, non deve tenersi in conto una falsa qualificazione, parificabile ad una rinuncia.

Tutto ciò è sofistico. Non si tratta d'invertire l'ordine delle giurisdizioni, ma sì di cono-

---

tendosi la dichiarazione dell'essere di commerciante considerare come *oggetto* della lite, ma unicamente quale argomento che in quella data causa valse a sostegno del titolo e della giurisdizione. Dal che non può dedursi alcuna particolare applicazione ad altra lite, nè alcuna conseguenza generale; se ne togli soltanto una certa presunzione, che nell'ordine morale potrebbe influire quando la condizione di commerciante si trovasse dubbia e disputabile.

(1) Per vero alquanto antiquata: non ho presente che sia stato così deciso in tempi moderni in identica specie. Nondimeno si è veduto (n° 11) che anche oggidì si adotta facilmente simile conclusione.

(2) *Répert.*, v° *Commerce*, n° 99 e seg.

scere se un atto sia fra quelli che appartengono alla giurisdizione del Tribunale di commercio. Non vi è rinunzia diretta nè indiretta. L'obbligato non accetta e non rifiuta la giurisdizione commerciale, ma vi sarà soggetto se l'atto ch'egli fa è commerciale. È quello che avviene sempre. La questione dunque rientra nel sapere se un biglietto all'ordine, portante quella dichiarazione, sia un atto di commercio.

Se i giudici di commercio dovranno anche pronunziar l'arresto, si troveranno perfettamente nella legalità per l'art. 727, nº 3 (1): decidere se il biglietto all'ordine possa dirsi contenere causa commerciale, è la questione del fatto.

All'argomento dedotto dal dolo del soscrittore si è risposto che quel modo di soscrizione può essere imposto dal creditore stesso al debitore nella stretta del bisogno.

Ma badiamo: se si comincia a partire dal presupposto della violenza o della falsità, non avremo più un recapito girabile degno di fede, perchè il creditore, cessionario del recapito, potrà imporre la somma, le condizioni, tutto quello che vorrà. Questo io lo chiamerei a mia volta inversione dei principii. Il dolo del soscrittore che di commerciante quale si è sottoscritto ora nega di esserlo per evitarne le conseguenze, è palese: spetta a lui provare che ha dovuto piegare al raggiro, alla violenza: e provandolo, la ragione sarà sua. L'interesse di una simile dichiarazione poteva essere in amendue le parti; ciò è vero: al girante premeva di farsi credere commerciante per far miglior mercato della sua gira; al giratario per avere una maggior garanzia. Ma in questa bilancia il vero è sempre quello che appare; la spontaneità della soscrizione è quella che si presume, l'atto prova contro il soscrittore; replico, spetta a lui provare ch'egli non fu che una vittima.

17. Io spero di avere nelle generali preparata qualche idea utile al tema presente, che è discernere in modo più pratico l'elemento commerciale pel quale il lavoro umano, uscendo quasi dai termini della sua individualità, si estrinseca nel traffico, e l'agente s'inoltra in una sfera particolare di diritti e di obbligazioni.

Sceglierò, secondo il mio istituto, quelle combinazioni che credo involgere maggiore difficoltà, e fra queste darò la preferenza alla nota controversia se gli *artigiani siano commercianti.*

Les artisans sont ils commerçants? I francesi con questa epigrafe annunciano la questione, e intendono proprio *artigiani*, non *artisti* o *artefici;* ad esprimere le quali professioni non mancano di vocaboli: ma a noi conviene fare una piccola investigazione filologica.

Uno dei maggiori, e il più squisito degli scrittori moderni italiani potrà darci la direzione (2): « L'*artista* professa un'arte liberale e gentile. Lo scultore, anco il poeta sono *artisti*. L'*artefice* esercita un'arte meccanica, ma con più intelligenza e con men servile lavoro dell'*artigiano*. L'*artigiano* è il semplice esecutore di lavori meccanici, come segare, murare, ecc. Un orefice, un oriuolaio sono *artefici* più che *artigiani*. Quindi è che *artefice* ha i suoi traslati; e dicesi *artefice* d'inganni o simile; nè si direbbe *artigiano*. L'*artefice* congegna, compone, ordina, abbellisce, inventa: l'*artigiano* affatica, affachina. — *Artiere* dicesi propriamente per opposizione a chi vive non d'un'arte, ma d'entrata o d'altra industria. Chi vi domanda che faccia il tale, se sia mercatante o impiegato, voi gli direte: non è un *artefice*, ma un *artiere*: ed esprime esercizio men basso d'*artigiano*. Differisce insomma da *artefice* come l'abito dall'atto; l'*artiere* ha un'arte; l'*artefice* coll'arte che ha compisce un lavoro. Si può esser *artefice* e non *artiere;* cioè lavorare per genio, non per mestiere ».

Non dirò che l'esame comparativo fra *artigiani* e *commercianti* non abbia il suo lato opportuno; ma non è abbastanza pieno: è una formola imperfetta. L'*artista*, l'*artefice*, l'*artiere* ci rappresentano meglio la produzione che nasce dal lavoro soggettivo dell'uomo; nondimeno avvicinando la loro produzione al mondo commerciale, e cercandone un profitto che non emana più o meno direttamente da essa, ma da altre combinazioni che diremo cambiarie, ravvivate da un'industria che eccede i limiti dell'arte, potranno di grado in grado salire al ceto del commerciante, e presentare il proprio problema alla scienza e alla giurisprudenza.

Se l'*artigiano* è il semplice esecutore di lavori meccanici, ecc., come dice Tommaseo,

(1) Indicando questo articolo, rammento ancora che la qualificazione datasi da Tizio sottoscrivendo il biglietto all'ordine, nel mio modo di vedere, non lo costituisce commerciante, e non lo pone sotto la disposizione del nº 1 dell'articolo 727; solamente fa conoscere di esser commerciante *in quell'atto*, cioè di avere una causa commerciale.

(2) Tommaseo, *Sinonimi.*

Digitized by Google

per noi, studiosi del commercio, la sua posizione non offre con esso un rapporto abbastanza considerevole; e ci appare niente più di operaio che lavora a giornata, e non ha di sorta aspirazione di commercio. Per noi dunque la questione deve annunciarsi in termini più comprensivi, così — *quando gli esercenti una professione liberale o meccanica siano da considerarsi commercianti.*

18. Accenno per esattezza di linguaggio, per tornarvi in altro luogo, che la voce *manifatturiere* è ciò che vi ha di meno equivoco. Quando si arriva ad essere *manifatturiere* si è commerciante. La elaborazione dell'arte, portata oltre il bisogno delle commissioni e in conto proprio, con mezzi estesi e ad oggetto di commercio.

19. In generale coloro che acquistano materie prime e le rivendono dopo averle lavorate, sono commercianti (1). Mi giovo con piacere di una parafrasi che mette in rilievo un elemento di più. « L'artigiano *il quale non* « *vive soltanto della mercede corrispettiva alla* « *semplice mano d'opera*, ma anche del lucro « che gli procura il continuo rivendere la materia lavorata nei varii oggetti del suo mestiere, è dalla giurisprudenza... riconosciuto « qual commerciante » (*Annali di giurisprudenza toscana*, 1852, II, 1575). Ciò è molto rimarchevole: il guadagno di fuori: il guadagno che l'arte o il mestiere non produce immediatamente, e nasce da una industria aggiunta, dal giro, dal cambio (2), da qualche cosa che non è la stess'arte o mestiere.

Si può osservare che il tatto delle distinzioni che devono guidare fra le sottigliezze di questo argomento, non si acquista che colla esperienza, ed è proprio di uno stato commerciale inoltrato. Nell'opera di SAVARY sono indicati fra gli artigiani ben molti di quelli che oggidì appartengono nella opinione comune ai commercianti (3). Le *corporazioni* mantenevano una separazione officiale che aveva il torto di esser officiale, non regolata, intendo, secondo la natura delle cose, e veniva poi a confondersi quando si entrava nella fase dei giudizi. L'Ordinanza del 1673 stimò dover rassegnare alla giurisdizione *des juges-consuls* le controversie relative alle vendite dei legnaiuoli, sartori, fornai, muratori, armaiuoli, tornitori, bottai, parrucchieri e via discorrendo, senza però considerarli veri commercianti, a tutti gli effetti, come alla bancarotta e al fallimento. Sfortunatamente i Codici di commercio non possono occuparsi di simili particolari; quindi appresso la pubblicazione del Codice di commercio in Francia, il ministro della giustizia che s'intrometteva nella legislazione rispondendo ai quesiti, così scrisse ad un Procuratore del Re nel 7 aprile 1811: « J'ai été « consulté plusieurs fois sur le sens à attacher au mot *commerçant* dans le cas de l'application de l'art. 69 du Code de commerce, « et j'ai toujours répondu qu'il devait d'abord « considérer comme tels tous les négociants, « banquiers, fabricants et marchands; *mais* « *qu'il ne parassait qu'on dût ranger dans* « *cette classe le simple artisan qui, ne travaillant qu'à fur et à mesure des commandes* « *qu'il reçoit journellement*, *ne fait point de* « *son état un objet de spéculation.* Il serait, « au surplus, difficile d'établir une règle bien « précise à cet égard; c'est au notaire à bien « apprécier les circonstances dans les cas particuliers qui se présentent ».

La seconda parte almeno della dottrina insegnata dal sig. Ministro, sembrando ragionevole, venne di poi confermata da PARDESSUS (t. I, n° 81), da VINCENS (t. I, p. 144), da DALLOZ (*Rép.*, v° *Commerç.*, n° 33), e parve avere il suffragio della giurisprudenza quasi costante. Nondimeno la massima ebbe due autorevoli contraddittori nel CARRÉ (*Des Lois de l'organisation, etc.*), e in ORILLARD (*De la compét.*, n° 149).

« L'artigiano, dice quest'ultimo, che fa professione di vendere, dopo averla lavorata e messa in opera, la materia ch'egli ha comprata con questa intenzione, è commerciante in tutta la forza del termine, sia ch'egli non acquisti che in proporzione al suo bisogno, sia che faccia delle provvisioni. La legge non distingue. Vi è abitudine? È tutto qui ».

Contuttociò si fa da questi dissenzienti una limitazione, allorchè il lavorante non compri egli stesso la materia prima, e non faccia che

(1) Alcuno potrebbe trovare più opportune le presenti osservazioni all'esame dell'art. 2, n° 1. Avverta che ivi si parla particolarmente di *atto di commercio*; e qui ricerchiamo una qualità generale.

(2) Quindi non è commerciante uno scalpellino che non fa che fornire la mano d'opera per la costruzione di una fabbrica (Corte di Parigi, 11 gennaio 1834).

(3) Tali i beccai che vendono carne al minuto (Aix, 13 gennaio 1825); i tavernai ed ostieri (Cassazione francese, 23 aprile 1816); i caffettieri (Rouen, 4 dicembre 1818); i locandieri (Trèves, 19 aprile 1809); i conciatori di pelli (Cassazione francese, 24 gennaio 1813).

applicarvi il proprio lavoro, essendogli fornita dal suo committente. Oppure non vi metta del proprio che in minime proporzioni, come il sartore che negli abiti che compone impiega filo, bottoni, fettuccie, imbottite, altre cose accessorie.

20. Secondo questo sistema, il calzolaio che mi fa le scarpe esercita un commercio, perchè non sono io che compro la pelle e gliela fornisco; fa un atto di commercio il falegname che mi fabbrica una tavola che gli ho ordinata, perchè non son io che gli somministro il legno; e salendo ad atti superiori, esercita un commercio il pittore che fa dei ritratti commessigli, perchè il committente non gli anticipa tele e colori!

Chi fa dipendere da tali accidenti l'esercizio della commercialità, parmi ne smarrisca il concetto. Si dice: *vi è abitudine o no? Ecco tutto.* No, che non è tutto. L'abitudine decide quando essa versa intorno ad atti di commercio; ma l'abitudine di far cose che non siano atti di commercio non caratterizza il commerciante più di quello che una moltitudine di zeri rappresenti una somma.

L'arte ha per proprio oggetto se stessa; e per essa, come altrove mi espressi (1), l'uomo trae dal proprio fondo: è artefice (2). Fintantochè l'arte è la sua occupazione principale, e vive in quella e con quella, bisogna dargli il nome che gli deriva dall'abitudine del suo lavoro: sarà professore, artista, artigiano, artiere, chiamatelo come volete; non sarà commerciante.

Non è vero che il calzolaio faccia *professione di vendere le scarpe*, nè il legnaiuolo di vendere armadi, o il fabbro serrature, o il pittore quadri, lavorando tutti questi per commissione. La loro professione è di *fare* e non di *vendere*; di provvedere ai loro committenti quello di cui hanno bisogno. Che importa se non li presentiamo in anticipazione della materia del lavoro? Generalmente l'uso nol consente; nè ci è comodo di farlo; niuno di noi saprebbe portar corami e vacchette al calzolaio; nè pietre e calce al muratore se gli ordiniamo di rifare un muro, o costruire un condotto per mandar via le acque. Bisogna bene che l'uno si provvegga le pelli, e l'altro compri all'uopo materiali per rendere attiva la propria arte, e metterla in rapporto coi bisogni dei richiedenti (3).

21. Sembra più grave l'altra nota controversia, se il *farmacista* sia commerciante. Egli è uomo di scienza, e come tale lavora, scompone, trasforma la materia; la utilizza a benefizio della salute; ma fa di più: manipola e mette in atto le medicine secondo gli sono ordinate; la sua officina è aperta al pubblico; egli è il regolatore delle sue vendite e vende egli stesso ordinariamente al minuto, ma altresì all'ingrosso, e questo suo esercizio è continuo, indefesso, abituale.

Vi sono decisioni che vogliono il farmacista un commerciante (Metz, 19 novembre 1813; Nîmes, 27 maggio 1829; Rouen, 30 maggio 1840; il Consolato di Torino, 26 marzo 1818, 24 maggio 1837, 25 gennaio 1838, 12 settembre 1839, 28 agosto 1843; Tribunale di commercio di Genova, 2 gennaio 1844, *Collezione* MANTELLI). Non essere commerciante, dissero la Corte di Montpellier, 19 febbraio 1836; il Senato di Torino, 17 gennaio 1818 (4).

Il farmacista non si limita a spedire le ricette e ammanire le medecine che sono ordinate dal medico. Ciò stando, non si saprebbe dire come fosse un commerciante. Ma egli vende ancora farmachi o rimedi elaborati o distillati, composti nella sua officina, e li prepara ed accumula in prevenzione, e li tien per gli usi e bisogni del suo commercio particolare (MOLINIER, t. I, p. 116).

Questo motivo, quantunque il più specioso, è tuttavia debole. Tocchiamo ancora dei principii che di leggieri si disperdono nell'esame delle specialità. Intenzione e proposito di commerciare, cioè di lucrare sul movimento e nell'azzardo del cambio. Fatti corrispondenti, vale dire esercizio effettivo del cambio. Il farmacista vende dei rimedi ed esige del danaro.

(1) Vedi il n° 11, lettera *g*).

(2) Quindi si scorge come le stesse parole, benissimo intese ed apprezzate dal filologo, giusta il comune loro significato, cangino nell'uso di una scienza che si fa a considerare un attributo secondo le sue viste e in ordine ai proprii fini. Così *artefice* per noi non è soltanto quell'uomo ingegnoso che inventa, abbellisce, ecc., mentre l'*artigiano* *affachino*, al dire dell'illustre Tommaseo: nè l'artefice differisce dall'artiere, in quanto ciascuno è l'*autore dell'opera propria.*

(3) Altro sarebbe evidentemente se il calzolaio fabbricasse scarpe in quantità e per venderle, empiendone le vetrine del suo negozio; il legnaiuolo si trasformasse in venditore di mobili in conto proprio, seguendo gli alti e bassi del commercio a suo rischio, ecc.; il fattore (*tailleur-marchand*) fosse solito di comprar panni e stoffe ch'egli poscia rivende a chi gli commette l'abito, guadagnando primieramente e principalmente sulla merce.

(4) In questo senso vi hanno anche decisioni Rotali.

Digitized by Google

Rimpiega questo danaro nell'acquisto di altri semplici, egli sa formarne altre sostanze salutari che rivende ancora. La parte del traffico non manca. Se questo traffico, fondato su provvisioni accumulate e deposte nell'officina e nei magazzini, prendesse delle vaste proporzioni, il farmacista potrebbe eziandio passare fra i commercianti, attesochè la sua professione non vi ripugna e può anzi agevolare il passaggio, solamente non è abbastanza espansiva per diventare un commercio e imporne le obbligazioni, finchè si tiene nei limiti del proprio e naturale esercizio.

L'esercizio dell'arte salutare, che può considerarsi principalmente nel medico, è sostanziale, cioè per sè esistente; necessario, perchè gli uomini hanno avuto bisogno di medicine prima di essere commercianti. L'esercizio farmaceutico n'è semplicemente una dipendenza e una applicazione ordinata e regolare, perchè niente osta che il medico stesso amministri le medicine, come dev'essere avvenuto in tempi primitivi, nè per questo egli diventava un uomo del commercio. Studii profondi, esperienze scientifiche d'ogni maniera, amore dell'umanità, si contrappongono al calcolo cambiario, alla fortuna di estrinseci eventi, all'ardore della speculazione. Lo scopo è disegnato, specifico, umanitario. Ogni professione suol dare un onesto profitto a chi l'esercita; e rare volte chi l'esercita, bisogna convenirne, ha un fine più elevato e più generale. Ma quando questo fine è nello istituto medesimo, ragion vuole che sia separato dai mille imprendimenti nei quali l'uomo non pensa che a se stesso, ai suoi guadagni, al suo ingegno speculativo e alla sua fortuna. E così bisogna separarne i suoi cultori, operatori ed agenti, i quali tutti hanno dovuto educarsi nella scienza, apprenderne i segreti, dar saggio di capacità nelle scuole, e renderne conto al pubblico troppo interessato per esser tranquillo sulla abilità di chi è incaricato di dispensare la vita, e può darvi invece la morte.

Quella dunque dei farmacisti, come quella dei medici, è una classe a parte dal commercio. Ma i primi, per istituto operatori, hanno anche la modesta e benefica missione di accorrere ai bisogni più minuti e ordinari dell'igiene, eziandio senza consultare ogni tratto l'oracolo di Galeno. Perciò i loro prudenti preparativi, le loro, come dicono adesso, confezioni all'avanzo per esser sempre alla portata di tali bisogni; nè per questo fanno degenerare la loro arte in una impresa di commercio (1).

22. La questione dei *salnitrai* merita di esser toccata perchè introduce ad un altro ordine d'idee, già avvertito alla lettera *n* del n° 11, e che vorrei dare cómpito nel numero seguente.

I salnitrai sogliono cavare la sostanza onde prendono il nome, dalle demolizioni delle fabbriche, e devono essere muniti (regolarmente parlando) di licenza governativa. Nello scopo diretto del commercio che effettuano colla materia che estraggono, sono ritenuti senza verun dubbio commercianti quando esercitano la loro industria liberamente, ma si è creduto altrimenti rapporto a quelli che lavorano per commissione del Governo (DALLOZ, n° 44; Corte d'Angers, 28 gennaio 1824). Questa opinione non è ammessa dal MOLINIER e dal DALLOZ, ed io mi unisco a questi autori per far emergere dalla difficoltà l'elemento commerciale che non sembra scorgersi a primo aspetto.

(1) Dovendo la regia intendenza di Novara interloquire sull'applicazione della patente a farmacista in qualità di commerciante, abbiamo ch'essa rispondesse dovere sottostare a tale disciplina che lo ammetteva alla classe dei commercianti (Risoluzione 18 maggio 1849). Ma questa della patente è una cosa equivoca. Il Governo ha talvolta le sue buone ragioni per estenderla agli esercenti, benchè a rigor di diritto, e per effetti molto diversi, non potessero riputarsi commercianti. Come insomma senza patente si può esser commerciante (Caen, 24 giugno 1828; Bruxelles, 6 aprile 1820), così la patente applicata non è il segno da cui si riconosca con certezza il commerciante.

Le varie osservazioni fin qui fatte, e non saranno le sole, bastano a dar la misura dei principii a regolare questa materia sottile, e che non può avere limiti esattamente definiti.

Il direttore di un periodico non è commerciante (Appello di Genova, 24 luglio 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. I, pag. 580): il suo scopo è di propagare delle idee più o meno utili; di fare della politica più o meno cattiva, ma infine ha uno scopo proprio, determinato, morale; vende e sparge i giornali, perchè questo è il mezzo col quale unicamente può effettuare lo scopo medesimo. Ciò che a tal fine acquista, carta, caratteri, strumenti di tipografia, è subordinato a quella sua primaria intenzione.

La donna che in apposita bottega vende fiori finti da essa lavorati, si decise non esser commerciante (Senato di Genova, 30 luglio 1832, collezione Gervasoni, pag. 526). È un'arte anche questa, può essere raffinata all'ultimo grado, e soddisfare a certi bisogni del lusso, che, per quanto voluttuosi, non cessano di esser reali.

Non credo aver d'uopo di moltiplicare gli esempi, dei quali d'altronde abbondano le collezioni.

Bisogna riflettere in quale proporzione sia il concorso della ingerenza amministrativa, e qual grado di libertà sia lasciato agli operanti, in guisa da poterli anche chiamare veri intraprenditori. Se la fabbricazione della polvere si fa *a conto dello Stato*, l'azione amministrativa abbraccia insieme il concetto, l'apparecchio e la esecuzione, e ogni argomento di commercialità rimane escluso. Talvolta codesti industrianti ricevono dal Governo dei mandati o delle commissioni; non possono disporre del materiale estratto se non in conformità dei patti statuiti colla pubblica amministrazione alla quale vendono tutta la quantità che loro è richiesta; e in tal modo vien fatta a costoro una vera posizione di commercianti. Mantengono, è vero, in certo modo la veste del Governo in nome e coll'autorità del quale reclamano dai particolari i materiali della demolizione; ma dell'azione individuale e libera vi è tanto che basta, non mancando l'azzardo, il pericolo e l'oggetto di guadagno risultante da combinazioni aleatorie.

23. Quella vera autonomia, quell'agire indipendente e tutto a conto proprio che caratterizza il commerciante, cessa per chiunque non riveste altra qualità che di agente dell'amministrazione pubblica, abbenchè nella sfera delle sue attribuzioni sia in possesso di facoltà che lo rendono responsabile. A parte i contabili i cassieri ed altri impiegati che vivono nell'ambiente dell'amministrazione e non sentono mai di esistere per vita propria, vi sono altri istrumenti che lungi dall'essere ridotti ad uno esercizio meramente passivo, hanno coscienza della loro individualità non solo perchè entro una certa periferia sono liberi, ma ancora perchè si presentano di fronte all'amministrazione pubblica quali contraenti in quel rapporto di eguaglianza che deriva dalla volontarietà dei reciproci impegni. Tali sono in certi casi i ricevitori generali, gli amministratori camerali, ed altri che sono nello stesso tempo ufficiali amministrativi e speculatori. Ma la materia sulla quale può esercitarsi la loro speculazione non essendo essa stessa che una pertinenza governativa, quali sono i prodotti dei tributi e delle tasse, egli è perciò, almeno per quanto io credo di vedere, che i ricevitori generali, gli amministratori comunali, gli esattori tributari a rischio, *scosso e non scosso*, con cauzioni o senza, non debbono entrare nella famiglia dei commercianti.

E così l'aspetto della questione si divide da quella esaminata poc'anzi; ivi erano uomini che non potendo esercitare ad arbitrio l'industria sopra una materia eccezionale che la amministrazione pubblica vuole a sè riservata, specie di *regalia*, come dicevasi, hanno d'uopo di commissioni e licenze; nondimeno tutto questo sembra accidentale, e domani, con un altro giro di legge, quell'industria potrebbe esser libera; e il salnitro non sarebbe materia meno commerciabile di ogni altra mercanzia. Egli è vero che il ricevitore o amministratore garantendo la riscossione a premio, arrischia perdite o lucri; ma il prodotto delle tasse non potrà mai diventare, come quella che si estrae dai muri o dalle cave, materia commerciale per quanto varii il metodo e la forma della riscossione. L'ente governativo signoreggia l'azione di ogni coagente o collaboratore; egli rimane in vista principale, e tutto quello che ne emana non è che un modo di essere della stessa pubblica amministrazione (1).

Un Decreto Reale (francese) del 26 febbraio 1692 ordinò che i ricevitori, tesorieri e contabili del danaro pubblico che sottoscrivessero lettere di cambio, fossero al pari di ogni commerciante soggetti alla giurisdizione consolare e all'arresto personale. Le legislazioni commerciali meglio ordinate non hanno avuto bisogno di dire che tali funzionari non sono commercianti, perchè in effetto non lo sono: nè quale sia la conseguenza dei loro impegni commerciali che hanno comune con tutti gli altri cittadini.

Articolo 2.

Sono atti di commercio

1° Le compre di derrate e di merci per rivenderle sia in natura sia dopo averle lavorate e poste in opera, o anche solo per darle in locazione. Tuttavia non è atto di commercio la compra di derrate e di merci fatta per uso di famiglia, purchè non ecceda i bisogni di questa, nè la rivendita che poscia se ne facesse in natura;

(1) PARDESSUS, n° 31; LOCRÉ, tom. VIII, p. 303; NOUGIER, tom. I, p. 123; ORILLARD, c. 78.

Digitized by Google

24. *Essere difficile l'analisi del concetto di questo articolo.*
25. *Letteralmente esclusa dalla commercialità la rivendita dell'immobile.*
26. *I prodotti dell'immobile non si considerano immobili a questo effetto.*
27. *Si reputa atto di commercio lo acquistare mediante la cessione dell'immobile delle mercanzie che si espongono al commercio.*
28. *La compra di un immobile colla intenzione di farlo servire ad usi di commercio non è atto di commercio. Se il principio si modifichi qualora cose mobili, per caso o destinazione, siano unite all'immobile.*
29. *All'effetto che il mobile costituisca materia di atto commerciale, bisogna poterlo concepire separatamente dall'immobile, e quale oggetto principale e diretto di commercio.*
30. *Dei varii oggetti o criteri che devono avvertirsi in relazione al testo in esame:*
   a) *Esclusione del titolo gratuito;*
   b) *Delle cose che per estensione possono rassegnarsi a quella nozione. — Complesso di mobili. — Fondo di commercio. — Compra e vendita di effetti pubblici. — Cessione di crediti e diritti. — Acquisto di una funzione commerciale;*
   c) *Lavori intellettuali;*
   d) *Compre di materie ausiliarie al commercio che si esercita.*

---

24. Comprare per rivendere, ecco un atto di commercio che può dirsi iniziale; il principio è annunziato colla più grande semplicità; e per rendersi più evidente contiene la propria limitazione. E tuttavia non vi ha forse concetto più vasto e di più difficile analisi, sotto il duplice aspetto oggettivo e soggettivo, cioè nel rapporto della materia e della intenzione (n° 11, lettere *p*, *b*, *f*).

25. Osserviamo la disposizione sotto il primo aspetto.

La distinzione generale si presenta fra *mobili* ed *immobili*. L'articolo che parla di *derrate* e *merci* letteralmente dichiara che non può applicarsi che a fatti dello stesso genere. Ne ho discorso a sufficienza al n° 11, lettera *p*. In relazione a questo principio una decisione della Corte d'Aix, del 22 maggio 1855 (*Jour. du Palais*, 1857, pag. 331), disse che quella società che si formasse all'oggetto di comprare e rivender immobili, era da considerarsi società civile.

26. Le piante fisse al suolo ne fanno parte; ma destinate ad esser tagliate e mobilizzarsi, tendono a staccarsi da esso, e si possono ritenere mentalmente separate dal punto che si effettua quel tal atto o giudiziale o contrattuale che determina la separazione (1). Così appena un commerciante ha convenuto col proprietario il taglio del bosco, colla vista connaturale alla sua professione di rivendere le legna e farne un guadagno, si è perfettamente nei termini del nostro articolo.

Quindi l'altra nota distinzione fra l'acquistare un edifizio per conservarlo o per demolirlo, e venderne i materiali. Il commerciante contempla i materiali e non l'edifizio, che per lui e in ordine alle sue previsioni, non è che un ammasso di materiali. Se l'impiego dei materiali è operazione di commercio, lo fu eziandio l'acquisto dei *tigna et cementa* addossati nell'edificio destinato alla demolizione. I materiali però possono impiegarsi o cedersi senza far atto di commercio. Ad esempio facendone un pio presente alla parrocchia onde riedifichi il coro della chiesa, o cedendo le pietre al mio vicino che ha bisogno di fare un fenile, dandomi in compenso un pezzo di terra.

27. Chi rivende l'immobile acquistato coll'animo d'impiegare il danaro in affari di commercio, è lontano dall'effettuare un atto di commercio. Così vediamo che lo spirito (l'intenzione umana) deve associarsi alla materia abile affinchè questo effetto si produca. Neppure il danaro che si ricava è materia abile, tale s'intende che la legge possa fissarvi un punto certo di partenza di un commercio quale sorgente di particolari obbligazioni. Se fosse nella natura delle cose di proseguire il danaro nel cammino che fa passando di mano in mano, e si potesse stabilire che il danaro che si spende a comprare una nave mercantile fosse assolutamente quello che si è ricevuto da un immobile venduto con tale intenzione, troverei conforme alle viste del legislatore che ivi si trovasse, dirò così, il primo anello della

---

(1) Ho detto anche *giudiziale*, perchè difatti l'oppignoramento sui frutti pendenti li fa considerare sino da quel momento separati dal suolo nella volontà di colui che opera col braccio della legge.

Digitized by Google

catena di un commercio che si è venuto successivamente realizzando. Se non che il danaro, misura generale del cambio (1), si considera piuttosto istrumento che materia di commercio; ma che si dirà qualora si rivendesse l'immobile per un carico di mercanzie, le quali fossero sin d'allora destinate a rivendersi commercialmente? (2).

Io credo dover rispondere che il caso rientra nella disposizione del nostro articolo. Poco importa se le mercanzie sono acquistate col cambio di un immobile. L'immobile formava la *materia ceduta*, e non poteva iniziare atto di commercio da veruna parte; ma una materia nuova veniva nel patrimonio del commerciante, oggetto del suo commercio abituale. La legge ha detto *compre*, ad escludere, come dirò più avanti, il titolo lucrativo; poteva dire acquisto, e in verità non ha voluto dir altro.

28. Un immobile capita in mano a uno speculatore, a un commerciante che non lo rivende, perchè lo ha comperato appunto come sede principale del suo commercio. Facciamo un caso dei più frequenti e più chiari. Si vuole erigere un grande albergo in una città popolosa. Si compra un palazzo; e con ciò non si fa atto di commercio. Ma coll'immobile vengono dei mobili; e qui comincia la difficoltà.

Corre in giurisprudenza commerciale una massima fuori di contrasto, che tutto ciò che si acquista per uso del proprio commercio è atto di commercio (3). Avrebbe la massima una limitazione quando si tratta non di derrate, non di cose che si consumano nell'uso del commercio, ma di mobili che vengono a far parte dell'immobile, in guisa da potersi anche dire per destinazione uniti allo stesso immobile?

Bisogna vedere se trovino applicazione le disposizioni correlative del Codice civile agli articoli 413, 414 e 415. Vi è realmente un punto di questa teoria generale che si modifica in faccia al commercio, e merita di essere avvertito.

In legislazione non vi ha propriamente teorie astratte; i principii non sono che basi o punti di partenza di un sistema effettivo e pratico ove trovano la loro ragione di essere. Il legislatore civile ha le sue viste; ha bisogno di separare le azioni immobiliari dalle mobiliari per causa della competenza; rapporto agli acquisti e alle alienazioni conoscere quando i mobili siano a considerarsi accessori o parti dell'immobile; così in ordine alle esecuzioni forzate, alle ipoteche e via discorrendo.

Rispetto alla legislazione commerciale che si governa con altri fini, è d'uopo introdurre alcune distinzioni. Vi sono mobili uniti ad immobili in modo sì razionale e necessario alla produzione, che tosto si comprende come gli animali addetti alla coltura, gli istrumenti rurali, gli animali aratorii e simili, finchè stanno sul fondo e contribuiscono alla sua coltivazione, non possono stimarsi che parti di esso. Ne conseguita che osservati eziandio indipendentemente dall'immobile, destinati che siano a tale servizio, benchè potessero anche usarsi commercialmente (4), sfuggono al commercio e vanno a congiungersi coll'immobile stesso. Così quei mobili che secondo l'articolo 414 vi si annettono materialmente, perdono la loro natura di mobili; nè possono più essere oggetto di commercio.

29. Ma vi sono altre annessioni più morali che materiali che, se mi è lecito dire, non formano una sì compatta identità e permettono indagini d'intenzioni, direi, e di fine, distinzioni insomma che la legge civile non conosce, e appartengono alla dottrina della commercialità.

La legge civile riguarda come facenti parte dell'immobile « i torchi, le caldaie, i lambicchi, i tini, le botti; gli utensili necessari a

(1) Mi guarderò bene dal dire *rappresentante delle cose*, dopo i rabbuffi dei moderni economisti, pei quali ogni valore di cambio vale a rappresentarle.

(2) Il venditore è un commerciante di cristalli lavorati in tutte quelle fogge che si sanno fare oggidì. Ebbene, egli ha permutato lo stabile in un cumulo enorme di tali mercanzie, e ne ha riempite le sale del suo negozio.

(3) Una società d'illuminazione a gaz, comprando la materia per la costruzione dei tubi, fa un atto di commercio (Cassazione francese, 11 aprile 1831, *Cour de Palais*, pag. 326); così il caffettiere comprando l'olio per l'illuminazione del suo caffè (Bordeaux, 27 agosto 1833). La compra di un cavallo per l'esercizio di una fabbrica di birra è un atto di commercio (Metz, 21 giugno 1811). Similmente le compre di derrate che fanno gli albergatori e ristoratori per l'esercizio della loro professione (Cassazione francese, 23 aprile 1813). È atto di commercio la compra di materiali inservienti alle costruzioni (Corte di Torino, 16 febbraio 1849, Bettini, tom. II, pag. 873). La vendita di cavalli fatta da un negoziante a uso della sua industria (Corte di Torino, 13 novembre 1838, Bettini, tom. II, pag. 879). E non si finisce mai più cogli esempi.

(4) I buoi, per esempio, potrebbero rivendersi; gl'istrumenti aratorii invece di essere predisposti a servire un fondo determinato, potrebbero passare in un magazzeno industriale, e quali merci esporsi al pubblico.

Digitized by Google

fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche » (articolo 413). Se l'acquisto di codesti mobili ed istrumenti è fatto col fondo, quantunque il fondo non sia che un edifizio industriale, come una fabbrica di panni, una stamperia, una cartiera, e giusta l'esempio di sopra indicato (nº 28) un albergo fornito, primeggiando per importanza l'immobile stesso, l'istrumentale ed ornamentale che lo accompagna si considera accessorio (1), e un tale acquisto non si ha per atto di commercio, qualunque sia l'intenzione che mosse l'acquirente; anzi quantunque l'intenzione sia evidentemente quella di farsene un mezzo attivissimo di commercio (2). La ragione si è di sottrarre un acquisto così complesso ed unico alla cognizione dei giudici consolari, poichè dovrebbe estendersi ben anco all'immobile; il che ad essi non appartiene, per le ragioni altrove spiegate (nº 11, lettere *p*, *q*).

Ogni volta che il mobile è a considerarsi quale accessorio dell'immobile, sia nell'acquisto, sia nella locazione, tiene alla natura del principale, e non è subbietto ad atti di commercio (3); a ciò è mestieri che il mobile sia separatamente e con tale intenzione acquistato, e formi per se stesso e distintamente oggetto di commercio.

Ho detto altresì *locazione*. Il proprietario dell'albergo fornito ch'egli non vuol o può condurre, ma si giova piuttosto dell'altrui industria, non fa atto di commercio affittandolo ad un albergatore di professione, perchè ciò che principalmente affitta è l'immobile, la cui vastità ed opportuna disposizione e il sito favorevole al concorso, sono i primari fattori del prezzo che se ne ricava, e tutto il resto è secondario (4).

Perchè adunque il mobile formi *oggetto principale*, sostanziale o indipendente che dir si voglia, di speculazione commerciale, bisogna poterlo concepire separatamente dall'immobile.

Il che avviene in più guise. Osserviamo la cosa dal lato del proprietario.

Il proprietario di una casa un bel giorno si sveglia colla intenzione di affittare delle camere ammobigliate, e compra a tale effetto una quantità di mobili, e ne fornisce i suoi appartamenti, che poi viene locando in questa foggia con quel moto e quel guadagno che si farebbe oggidì a Firenze. L'oggetto principale di tale speculazione è lo stesso mobiglio più o meno cospicuo che si usa e si consuma dai locatari; si ricambia, si rifà, si ammoderna dal locatore; ed è questo che forma la comodità e l'allettamento del forestiere, che altrimenti non vorrebbe saperne, e dovrebbe stare con meno agio e più spesa all'albergo.

Ecco pertanto un esempio che modifica il principio insegnato dalla legge civile, o, se meglio si crede, una disapplicazione del principio, pel quale un mobile destinato dal proprietario all'uso e al servizio di un fondo si considera far parte di esso.

Un altro proprietario destina una parte del suo edifizio alla fabbricazione e alla vendita di bottami e di torchi da vino; il servigio che egli vuol trarne è nell'oggetto principale indipendente dall'edifizio, mentre se non avesse una casa propria, eserciterebbe lo stesso commercio in un'altra.

È questo il caso giuridicamente più difficile; quando una simile industria si attua da un inquilino che subaffitta camere ammobigliate, allora l'idea della proprietà stabile si trova affatto disgiunta da quella del mobiliare, e la funzione di questo è talmente distinta che non può nascer ragione di dubbio.

E si può dedurne questo corollario — quando l'atto o contratto abbraccia l'immobile, e non può discutersi del mobiliare separatamente da esso, non si parla più di atto o giurisdizione commerciale. Altro è quando l'oggetto della contestazione non è lo stesso immobile, ma una operazione che ne astrae e si concepisce indipendente, benchè la materia mobiliare, che n'è il vero oggetto, sia contenuta nello stesso immobile a comodo e utilità del proprietario divenuto commerciante.

(1) L'ornamentale, quantunque proficuo al commercio, non si considera per atto di commercio. Il caffettiere, il liquorista che abbellisce il suo negozio, per tali lavori si disse non esser passibile della giurisdizione commerciale (Rouen, 26 novembre 1850).

(2) Parigi, 23 aprile 1813, PARDESSUS, num. 19; ORILLARD, *De la compétence*, cap. 42.

(3) Il *proprietario* che acquista dei bestiami per darli a soccida, o in altro modo, al suo colono, traendone un corrispondente locatizio, non fa atto di commercio, perchè il bestiame si considera accessorio del fondo; non così se un *terzo*, non proprietario, acquista dei bestiami allogandoli all'altrui colono con una utilità correlativa.

(4) La locazione di un comprensorio di case con macchine idrauliche è contratto meramente civile, disse la gran Corte civile di Napoli nel 13 dicembre 1834. Invece la Corte di Parigi, in una decisione del 18 novembre 1812, disse essere atto commerciale l'acquisto di un albergo mobiliato (*garni*), att. Paul e Givry. — Noi andremo sempre vacillando se non si parte dai criteri che veniamo esponendo.

Digitized by Google

30. Ciò che potentemente influisce a determinare questo criterio, gli è la divisione degli atti. Comprare ad un tratto stabili e mobili con intenzione commerciale, è diverso dal comprare colla stessa intenzione dei mobili soltanto (1). Prescindendo ora del tutto dall'immobile e dalla influenza rapporto a codesta materia anticommerciale sul carattere dell'atto, veniamo ad alcune considerazioni più speciali al nostro articolo.

a) *Esclusione del titolo gratuito.*

Se mi fosse lecita la espressione, direi che non vi ha nulla di più antipatico al commercio che il titolo gratuito. Per quanto il donato possa un altro giorno essere materia di commercio, ciò non comincia mai da quel punto. Quello che acquistiamo per successione ereditaria o per legato, benchè i pesi siano per avventura maggiori del reddito, deve considerarsi provvento gratuito. Può restare alcun dubbio intorno a ciò che si ottiene per transazione.

Invero la transazione è titolo, meglio che ogni altro, corrispettivo. Bisogna però convenire che non è una *compra*, e colla dizione dell'articolo non potrebbe conciliarsi. Vi ha di più consultando lo spirito della disposizione. Tre requisiti devono concorrere ad applicare questo articolo: 1° titolo di compra, a tale che possa equivalervi (2); 2° materia abile; 3° proposito di far con essa un commercio. Non è mica impossibile che noi andiamo pensando di aprire un commercio con quelle cento moggia di grano che riceviamo da Tizio in compenso di diritti superiori, ma litigiosi, che cediamo a lui. Il pensiero che domina nella transazione, lo scopo dei contraenti, è quello di transigere la lite. Quando il contratto ha la sua causa caratteristica e la sua ragione di essere indipendente da ogni altra seconda vista, non vi può essere attribuita una ragione diversa. Invece chi compra per rivendere, agisce sotto l'influsso diretto di questa idea.

Aggiungo che questo principio deve prevalere anche nel caso che le materie che si ereditano o si ritirano per transazione, o si acquistano per un colpo fortunato di giuoco, siano un fondo di commercio, un magazzeno pieno di merci e in esercizio. Non si può tuttavia in siffatti acquisti ravvisare atti di commercio. Io potrei anche non volerlo continuare quel commercio: questa sarà la mia risoluzione del domani: oggi mi sono rallegrato dal favore della sorte, e mi occupa un diverso pensiero.

b) *Delle cose che per estensione possono rassegnarsi alla nozione di questa legge.*

La cessione di una *fattura* può considerarsi come un acquisto di merci da rivendere? Orillard (cap. xi) fa una distinzione assai giusta. Se la cessione della fattura non mi dà altro diritto che di esigere il prezzo delle merci che vi sono indicate, non è atto di commercio; ma lo è se la fattura mi pone addirittura in possesso delle merci che io vendo successivamente: l'indole commerciale del mezzo, e il fatto comprovante la intenzione che io m'ebbi, dànno alla stessa cessione o trasmissione manuale della fattura un carattere commerciale.

Beni mobili sono certamente gl'incorporali, i diritti; ma anche qui la lettera della legge (*derrate-merci*) sembrerebbe ripugnare all'idea che l'acquisto di diritti, per quanto si vogliano intinti, a così dire, di commercialità, siano da misurarsi fra gli atti commerciali. Nondimeno il tema è difficile.

La compra di un fondo di commercio per proseguirne il negozio, costituisce da parte dell'acquirente un atto di commercio ad effetto della giurisdizione commerciale (3). Così la Corte di Parigi nell'affare Delatouche e Lesourd, 31 dicembre 1839. La Corte d'Amiens, nel 30 luglio dello stesso anno, risolve che la dazione in pagamento ad un commerciante per liberarsi da un debito commerciale, di un fondo di commercio e utensili annessi, è un atto di commercio.

Io non ho il menomo dubbio sulla verità di tali conclusioni, malgrado qualche decisione contraria. Se comprare poche derrate e poche merci per rivenderle è legalmente atto di com-

(1) E ciò che dicesi del *comprare* s'intende eziandio del vendere, benchè la legge si limiti al primo accenno. Nougier (*De tribun. de commerce*, sez. 1, pag. 153) rimprovera a Locré (Commenti all'articolo 632 del Codice di commercio francese) di avere inteso l'articolo troppo alla lettera; ma Locré era così addentro in quello *spirito* ch'egli si fece a rivelare, che non è possibile ascrivergli questo errore. È troppo evidente, ciò che del resto afferma lo stesso Nougier, che la legge commerciale non potendo procedere dottrinalmente, ma restringendosi ad esemplificare i fatti più eminenti del commercio, se osservò la *compra* come una combinazione meritevole di esser definita, non esclude e non potè escludere le vendite che vengono di seguito nella indefinita vicenda dei cambi.

(2) Permuta; cessione di diritti o simile.

(3) Ed è appunto l'effetto di tutto questo, riteniamolo; e potrebbe venirne un altro più generale se l'acquirente del fondo di commercio si ponesse a commerciare, e con ciò prendesse qualità di commerciante abituale.

Digitized by Google

mercio, molto più dev'esserlo quello di una massa di cose foggiate o preparate agli usi commerciali (1).

La difficoltà può essere rapporto ai crediti e ai diritti.

Se noi parliamo di quei crediti e diritti che la legge generale considera immobili, *in relazione all'oggetto a cui si riferiscono* (art. 415 del Codice civile), è palese la loro esclusione sì dalla lettera che dallo spirito del nostro articolo; ma è un'eccezione: per regola diritti ed azioni sono *beni mobili*, fra le quali meritano attenzione le rendite sullo Stato e effetti pubblici.

Benchè materia ardente di speculazione ai giorni nostri, e nodo di funzioni commerciali (2), la compra e vendita di effetti pubblici non è *per se stessa* atto di commercio (3). Riserva necessaria, potendo rannodarsi a vere operazioni commerciali, come in breve dirò, ed assumere quindi una relazione che la fa entrare nella categoria degli atti di commercio.

Secondo alcuni, la compra di crediti, di azioni di credito non solo risultanti da titoli notarili, ma da semplici obbligazioni, e perfino di azioni industriali, non sono atti di commercio (4).

Bisogna convenire che la interpretazione di questa legge, copiata un po' troppo alla lettera dal francese, tende continuamente ad estendersi. Il commercio è una potenza mondiale che non si arresta allo disposizioni positive dei Codici, e v'infonde, si direbbe, lo spirito di progresso che gli è proprio. Diritti, obbligazioni, giurisdizione sono forze correlative, guarentigie, fattori di svolgimenti commerciali.

Raro è che i passaggi e trasporti di crediti fra commercianti non abbiano uno scopo più o meno apparente di commercio. Dicasi pure in omaggio al senso letterale della legge, che la semplice cessione di un credito, di un diritto, di un'azione non è atto di commercio; ma noi la vedremo quasi sempre accompagnarsi ad operazioni o di forma o di sostanza commerciali. Ora avrà la forma di una cambiale o di un biglietto all'ordine, ora si presenterà come un'operazione di banca, di cambio o di senseria; talvolta sarà la cessione di una polizza di carico. La compra e vendita di effetti pubblici non è atto di commercio: accordato: ma quando tutto questo sarà giornaliero, continuo, abituale, o ad attivare commerci speciali, o ad influire potentemente sul commercio in generale, come sostenere che non sono atti di commercio? E cosa sono essi? Dirò col Tribunale di commercio di Parigi (5): sono vere operazioni di banca.

Non si può chiudere convenientemente questa monografia senz'avvertire un altro aspetto della teorica. Non può figurare fra gli atti di commercio la vendita o compra di un diritto che si qualifica piuttosto come funzione o titolo ad esercitare una funzione, avvegnachè commerciale. Trovo con ragione deciso dalla Corte d'Aix (6 giugno 1855, *Cour du Palais*, pag. 297) che la compra di una carica o posto di sensale non è atto di commercio, comunque la legge reputi tali le operazioni di sensale. Come osservò la Corte, simile acquisto non può assomigliarsi a una prima operazione di sensalatico, com'è primo atto di commercio la compra di un fondo di mercanzie. È un uffizio pubblico che per attuarsi aspetta l'approvazione del governo; e in ogni modo è una facoltà, non un esercizio (6).

c) *Lavori intellettuali.*

Quando le idee, maturate nell'intelligenza, compariscono sulla carta o tela in forma di manoscritto o di quadro, e questo lavoro è acqui-

(1) A me una tale questione si presenta semplicissima, e perciò la esprimo in poche parole. Ma nulla di più disputato, di più incerto, di più problematico, per così dire, se interroghiamo la giurisprudenza. Orillard conta otto solenni decisioni di Corti d'appello e della cassazione nel senso affermativo che noi sosteniamo; ed altre otto non meno solenni in contrario. Osservando però quelle decisioni, si ravvisa che le ultime in parte contemplano casi nei quali l'esercizio principale non poteva dirsi impresa di commercio.

(2) Di agenti di cambio, sensali, commissionari, ecc.

(3) Le compre o rivendite, vere o fittizie, delle rendite sullo Stato, eziandio reiterate, non costituiscono da *loro stesse* atti di commercio (Corte di Parigi, 7 aprile 1833). Così un'altra decisione della stessa Corte del 27 agosto 1821.

(4) L'acquirente di azioni di società anonima non fa atto di commercio, benchè la società abbia uno scopo commerciale (Rouen, 6 agosto 1821).

(5) 7 aprile 1833, Sirey, xxxv, pag. 303. Dalloz riporta due decisioni della Cassazione in questo senso, sezione dei ricorsi, 18 febbraio 1806; Camera civile, 29 giugno 1808; Orillard, cap. xl; Nouguier, pag. 146. — S'indicano peraltro alcune decisioni contrarie della Corte di Parigi. Grande importanza hanno in questa materia i tribunali di commercio, composti dei primari commercianti del paese.

(6) La Corte di Parigi ciò stesso decise nel 21 marzo e 24 agosto 1849 rapporto ad un'agenzia di affari.

Digitized by Google

stato per effettuarne un commercio non dissimile in ciò da ogni altro prodotto naturale o artificiale può essere, in date circostanze, materia di commercio, e l'acquisto atto commerciale (1).

d) *Compra di materie ausiliarie al commercio che si esercita.*

Ve n'ha di quelle che fanno parte, si assimilano e si consumano nella produzione. Il fabbricatore di paste dolci compra burro, zucchero, amandorle, e le mescola ad altre sostanze; poi carbone e legna per cuocere questo pasticcio. Egli compra per rivendere, benchè sotto altra forma: ciò è testuale nel nostro articolo: ma egli rivende eziandio il carbone e la legna, benchè consumato nello sforzo della produzione. « Ce serait abuser des mots « que de dire qu'il ne revend pas ce charbon, « ce bois, en tout ou en partie après l'avoir « travaillés: sans cet emploi il n'aurait pas « pû fabbriquer les liqueurs qu'il vend, et ici « l'esprit de la règle doit l'emporter sur le « respect puéril par les mots » (PARDESSUS, n° 17).

Talvolta le cose che si comprano non rappresentano l'oggetto dell'esercizio, che suppongo un servizio morale anzichè un cambio di cose materiali; ma sono *mezzi più o meno indispensabili a condurre lo esercizio medesimo.* Un intraprenditore di vetture pubbliche compra cavalli per trascinarle e fieno pei cavalli. In effetto questi sono *mezzi immediati e diretti* che si logorano e si consumano nell'esercizio, ne formano il materiale, e, secondo la loro forza, attitudine e costo, si convertono in prezzo: è impossibile separarli dal loro oggetto.

Questo deve dirsi in generale di tutti i mezzi che servono all'esercizio non solo a stretta necessità, ma eziandio a renderlo più splendido e fruttuoso. Il proprietario di un gran caffè riscalda le sue stanze, appende lampade scintillanti, usa vassoi d'argento: tutto ciò invita, produce concorso, avviamento, guadagno (2).

Fra i mezzi dell'esercizio devono contarsi gl'*istrumenti*, che divido in *conservatorii* e *manuali*. I vasi, le anfore, le scatole, i tini, le caldaie, le madie sono di quel genere. Chiamo *manuali* gli utensili e tutto ciò che si adopera colla mano (l'agente massimo dell'industria personale), dei quali ogni arte, ogni mestiere, ogni esercizio possiede di proprii e speciali. Si è detto che gl'istrumenti si comprano non già per rivenderli, non già per confonderli colle produzioni; piuttosto che oggetti di commercio, rappresentano, per così dire, la individualità industriale armata dei suoi mezzi, quasi l'uomo completo, per quanto concerne l'impresa alla quale applica i suoi sforzi che coi mezzi naturali sarebbero vani. Queste riflessioni tenderebbero ad escludere in ogni caso la compra di tali istrumenti dalla giurisdizione commerciale. Ma non può esser così, se non qualora codesti istrumenti non servano all'uso di un'arte o mestiere che non si considera affare di commercio (3). L'acquisto di tali mezzi non può essere apprezzato che in ragione del fine. Bisogna semplificare questa imbarazzata teoria. Ogni compra di cose che sono impiegate nell'esercizio di un commercio, è atto di commercio. Non è vero che gli utensili e i così detti ferri del mestiere non si rivendano. Il capitale che vi si è impiegato accresce il costo della mano d'opera, innalza il prezzo della merce. Tutto si rivende, perchè tutto si calcola.

2° Le imprese di manifatture, di commissioni e di trasporti per terra o per acqua;

31. *Apprezzamento di vocaboli.*
32. *Imprese di manifatture: loro carattere essenziale.*
33. *Imprese di commissioni. La indipendenza dell'operare dei commissionari li distingue dai mandatari e dai preposti agli altrui negozi.*
34. *Passaggio alle imprese di trasporti.*

(1) Diventa *merce* nel linguaggio del nostro articolo. — Più avanti parlerò espressamente dei diritti degli autori e degli editori trattando delle *Proprietà industriali.*

(2) Più sopra ricordai che il caffettiere non fa atto di commercio con ornati ed abbellimenti che si attaccano all'edifizio, figgendo le specchiere ai muri, colorando le pareti: ho già detto il perchè della differenza.

Ma è stata giustamente criticata una decisione della Corte di Rouen del 6 agosto 1822, che non seppe vedere un atto di commercio nella compra dei lampadari e dei *quinquets* che fa un capo di manifatture per illuminare il suo stabilimento.

(3) Perciò l'artista, il mestierante, quando l'arte e il mestiere sono il fatto principale, non fa cosa di commercio comprando gli arnesi necessarii.

Digitized by Google

35. *L'azione del governo non rimuove dall'opera di trasporto il carattere di commercialità se non quando sia immediata e principale. Si esamina la nota questione se la posta dei cavalli sia una impresa commerciale.*
36. *Del trasporto da una riva all'altra del fiume, e della riscossione dei pedaggi.*

---

31. La legge specificando quelli che chiama atti di commercio, usa vocaboli diversi, del quali giova apprezzare il significato.

Ciò che qualifica primamente l'atto di commercio è l'*azione spontanea*, laddove la legge civile definisce un numero immenso di fatti che rappresentano relazioni necessarie che nelle varie posizioni sociali si è costretti a subire. Le voci pertanto a tal fine, con molta esattezza adoperate, esprimono quest'autonomo esercizio dell'attività umana. Vi sono delle *operazioni* che, singolarmente considerate, sono atti di commercio. *Impresa* significa piuttosto un complesso di operazioni; ciò che non si fa in un solo momento, e per così dire con un tratto di penna; e questa serie di fatti più o meno estesa ne costituisce la essenza. Un lavoro di manifattura, una commissione, un trasporto, isolato o quasi casuale, è un fatto sfuggevole di cui la legge commerciale non s'impadronisce, e rimane abbandonato alle regole ordinarie dei fatti giuridici. Vi sono altri fatti che non si chiamano *imprese* nè *operazioni*, ma si presentano quali forme caratteristiche di obbligazioni (lettere di cambio, biglietti all'ordine) commerciali per la stessa loro apparenza estrinseca, ed aventi una virtù propria come istromento efficacissimo di circolazione.

32. Si è creduto che le *entreprises de manufactures* (che noi abbiamo copiato in buon italiano) contengano due generi di negoziazione (PARDESSUS, n° 35); ma io lo reputo errore. L'incarico che uno assume di lavorare una materia che da un terzo gli viene fornita, con un compenso proporzionato, non è un'impresa di manifatture più che lo sia il lavoro di una donna che fila, o cuce le camicie, o tesse della tela col vostro lino. È d'uopo che la manifattura o lavoro di acconciamento o di trasformazione sia fatta con una certa continuità e con una certa ampiezza; supera, generalmente parlando, la forza di un sol uomo, impiega molte braccia, si giova di macchine e ha un apparato più o meno vistoso.

Quello che altrove abbiamo chiamato lavoro di trasformazione (articolo 11, lett. *h*) è applicato in modo particolare alle imprese di manifatture, la cui varietà è infinita, ed essendo cosa notissima, mi limito ad un esempio alquanto singolare.

Fra i ranghi manifatturieri più elevati si notano gli stabilimenti tipografici-editori, fattori potenti di civiltà. La intelligenza degli editori gareggia talvolta con quella degli autori; il concorso dell'intelligenza dal lato degli intraprenditori è un elemento creativo che accresce la importanza del lavoro materiale. Del resto una certa importanza appunto si richiede affinchè l'esercizio tipografico (*V.* il n° 11, lettera *l*) abbia il carattere di manifatturiere. Si è giudicato qualche volta che una piccola tipografia di provincia, a scarso numero di operai, e non sempre occupati, e che vive a stento di rare commissioni, è piuttosto lavoro di artigiani, e niuno lo direbbe uno stabilimento (1). Ciò si rannoda a quella idea che una *impresa di manifatture* è un fatto complesso, e rappresenta una produzione, se non continua, almeno copiosa (2).

33. L'*impresa di commissione* non ha veruna particolare attinenza con quelle di manifatture (3). Il Codice italiano non ha creduto di fare variazione sulle redazioni precedenti, pago di avere indicati i più eminenti fatti commerciali, senza troppo curare l'ordine con cui sono esposti.

Qui pure ci si presenta la distinzione fra l'azione organatrice e i mezzi di cui si vale. I commissionari sono agenti commerciali, dei quali il Codice si occupa partitamente (Titolo IV di questo Libro), e ne esamina le fun-

---

(1) ROLLAND DE VILLARGUES. Una sentenza della Corte di cassazione francese (10 gennaio 1833) disse essere commercianti gli stampatori che impiegano operai.

(2) Una piccola sartoria, o grande se vuoisi, che accetta le commissioni dei singoli avventori, non è una impresa di manifatture; ma lo è quando assume di far gli abiti della truppa, specialmente se la materia principale le viene fornita dal committente.

(3) Neppure nel caso ora enunciato, per quanto la sartoria invece di lavorare a proprio conto, lavori per commissione, che in questo caso è piuttosto l'*occasione* che l'*oggetto* dell'opera, come vengo dimostrando.

Digitized by Google

sioni nei loro rapporti giuridici. Senza attribuire alla voce *impresa* un'estensione pari a quella che si è avvertita nell'esame precedente, si discerne tuttavia da uno o pochi contratti di commissione. Non che pur questo sia un atto commerciale, almeno dal lato del commissionario, come spiegheremo a suo luogo; ma non v'imprime sì fortemente il carattere della commercialità, talchè quegli che vi si applica, sia per ciò solo annoverato commerciante abituale.

La commissione, il contratto di commissione, può avere una cerchia limitata e quasi locale: *impresa di commissioni* esprime tutto ciò che vi ha di vasto e di espansivo in questa relazione. I commercianti possono considerarsi come i veicoli di comunicazione pei quali l'attività di un uomo dal suo gabinetto si mette, per così dire, in rapporto con tutto il mondo. « Par le moyen des commissionaires, dice SAVARY, les marchands et banquiers peuvent « négocier par tout le monde sans sortir des « magasins ou comptoirs, tant pour l'achat et « la vente des marchandises que pour faire « des traites et des remises d'argent d'un lieu « à l'autre ». È facile però, secondo questo passo di SAVARY, confondere i commissionari coi semplici corrispondenti.

I commissionari sono commercianti che trattano gli affari dei loro committenti e agiscono nel loro interesse quali mandatari, ma in nome proprio, o nel nome di una casa di commercio di cui fanno parte; il commissionario è il solo conosciuto dai terzi verso i quali si obbliga. In commercio non vi sono agenti irresponsabili e obbligati di seconda mano, eccettochè non ci sia fatto noto, nei modi che la legge indica, quali siano le persone che vengono obbligate dal fatto loro. L'azione dei commissionari, tanto estesa e tanto diretta, non può essere che personale. È chiaro che la nostra relazione coi corrispondenti, prescindendo dai negozi che combiniamo con essi, ha piuttosto un carattere di famigliarità, e considerata in se stessa, non è che uno sviluppo della nostra azione medesima.

Ciò che distingue i commissionari dalle persone preposte all'altrui negozio, è la indipendenza: e per questa soltanto può concepirsi una impresa *attiva* di commissioni, che può anche assumere il titolo di *agenzia*. È il genere, di cui la impresa di commissioni può essere una specie. In certe sterminate agenzie vi sono uomini che s'incaricano di tutto, che sanno far tutto, che dall'allogare una fantesca a venti lire il mese, si estendono sino a dar la mano al commercio del Madagascar e della Cina. Ivi sono organizzate delle vere agenzie di commissioni che fraternizzano con altre, la cui operosità si spiega appunto dall'indipendenza di cui godono e dei mezzi dei quali dispongono (1).

34. Una specie o ramo della *commissione* è quella particolare *dei trasporti per terra e per acqua*. Questa sola epigrafe comprende un trattato. Oggi può dirsi, tutto si muove, uomini e cose: coi mezzi di comunicazione si sono anche moltiplicate le combinazioni giuridiche e svelati nuovi aspetti del diritto vettorio. Le ferrovie ci porgeranno ampia materia a suo luogo. Ora ci è imposto di restringerci a quelle parti che riguardano il determinare i caratteri generali delle nozioni, riserbandoci a trattare delle obbligazioni e dei diritti, nel che consiste il maggiore e più grave interesse (Capo II e III, Tit. IV).

35. *Impresa di trasporti*, come ogni altra significata da quel vocabolo, è un fatto complesso, e per tale contemplato dall'intraprenditore, che se ne assume il carico e le conseguenze per godere i vantaggi che vi sono annessi. A dir proprio, le ferrovie non sono che *imprese di trasporti per terra*, non meno che per *acqua* la navigazione mercantile (2).

Noi troveremo comunissima alle tante specie decise, in ordine ai trasporti che si fanno per le strade ferrate, l'indicazione di compagnie o società quali capi e direttori responsabili dell'impresa e dei loro funzionari ed agenti. È cosa ben rara che il governo, quando sia abbastanza ricco per mantenersi nella proprietà delle ferrovie nazionali, le faccia correre per proprio conto. Vogliamo nondimeno supporlo; ma allora non si chiamerebbe *intraprenditore*, ciò sarebbe disonorarlo: il governo non avrebbe in animo di fare un commercio; gli atti del governo non hanno mai questo carattere: si direbbe, con più conve-

(1) Mi limito a pochi cenni, dovendo discorrerne largamente al Capo I, Titolo IV di questo Libro.

(2) Noto la seguente formula, che mi sembra opportuna, adottata nelle decisioni della Corte di Lione del 1º luglio 1856, *Durand c Berthon*; Corte di Nîmes, 10 giugno 1810, *Marne*; Cassazione francese, 23 giugno 1845, *Combe c Marne* — che la compagnia imprenditrice di una strada di ferro è a riputarsi *deliberataria di una impresa di trasporti*; donde nasce che le istanze che i particolari fanno contro di essa sono di competenza del tribunale di commercio.

nienza, ch'esso amministra le strade ferrate nell'interesse pubblico. Dato che l'immenso personale di questo esercizio non fosse che impiegato del governo, niuna delle tante obbligazioni che potrebbero scaturirne sarebbe della giurisdizione commerciale (1).

L'impresa della posta dei cavalli ha qualche lontana affinità con questo caso; mentre l'amministrazione pubblica ha tutto l'interesse (e lo aveva assai maggiore quando non esistevano le strade ferrate) affinchè questo servizio sia ben condotto. Il direttore o maestro di posta è, sino a un certo punto, un agente governativo; ha dei regolamenti che deve osservare; di frequente riceve ordini dal governo; e modera i suoi prezzi secondo la tariffa che gli è imposta. Quale libertà adunque rimane al maestro di posta? non si trova egli in una condizione particolare e diversa da ogni altro esercente? Alla difficoltà della tariffa si è risposto che anche i beccai, anche i fornai vendono la carne o il pane ad un costo tassato (Orillard, cap. xliii), e ciò si fa per impedire il monopolio. Si era nell'epoca del protezionismo. Al tempo presente l'argomento è di molto indebolito, perchè non si potrebbe più allegare l'esempio dei fornai e dei beccai legati dalla tariffa. Invece può mostrarsi che il prezzo della posta non può esser libero all'arbitrio del conduttore, come non gli può esser libero tenere o no dei cavalli pronti al pubbligo servigio. Tanto il maestro di posta è un agente del governo che, soggetto alle discipline amministrative, può anche essere licenziato. Questa opinione non mancò di seguaci (2). Ma oggidì la contraria prevale, ed è la più vera (3).

Il Pardessus, che, di fronte agli scrittori che sono apparsi in Francia dopo di lui, occupa sempre il seggio magistrale, non diede che un cenno fuggevole, eppure degno di nota. L'esercizio è tale, egli dice, che *l'utilité publique n'a pas permis de laisser à la libre disposition des intérêts individuels.* Io comincio dall'esaminare l'azione del maestro di posta, ed osservo in secondo luogo i suoi limiti e le sue restrizioni. Cosa vuole e cosa fa il maestro di posta? Egli loca i suoi cavalli e le sue carrozze a tutti quelli che ne lo richieggono; e proponendosi un guadagno, si espone anche ad eventualità contrarie, e come ogni altro commerciante, giuoca a suo rischio. Non diverso in ciò dall'intraprenditore di vetture cittadine, è vincolato ad un prezzo legale; ma se il governo regola in qualche parte l'esercizio di un commercio nell'interesse pubblico, il commercio sarà meno libero, ma sempre un commercio, la cui alea è riposta nel maggiore o minor concorso e nell'incontro di occasioni più o meno favorevoli. Il maestro di posta mantiene la sua indipendenza d'intraprenditore: lungi dal servire come un impiegato, egli mette in moto una quantità di persone che da lui dipendono, e regola l'esercizio senza impiegarvi quasi mai l'opera sua personale. Non riceve propriamente ordini dal governo, ma ha un contratto con lui: egli accettò liberamente quelle condizioni che poi è costretto ad eseguire; è un commercio che non può abbandonare a suo talento, nè adoperarvi un capitale di forza minore del convenuto, ma può accrescerlo e procacciarsi maggiori guadagni.

36. Se il battelliere che trasporta i passeggieri da una riva all'altra del fiume esercita un commercio di trasporto, l'aggiudicatario di un pedaggio, di un ponte, di una barriera, ecc., non fa, come ha detto taluno, che raccogliere il danaro del pedaggio che suole avere la natura di dazio governativo o comunitativo. Il primo ha qualche cosa che lo fa assomigliare al maestro di posta; il secondo lascia passar la gente, ma non la trasporta; e ciò basterebbe per escluderlo da quella categoria. Ma cosa manca alla commercialità dell'atto? L'azzardo no; anch'egli, il conduttore del pedaggio, s'immagina un lucro, e lo aspetta dalle eventualità di una maggior quantità di passeggieri, che dipende da tanti avvenimenti: la istituzione di nuovi mercati, la frequenza di pubbliche feste chiama la folla: la guerra o la peste lascia desolato il daziario sul ponte deserto. Ma si è in più luoghi dimostrato che non la sola eventualità di un guadagno proposto costituisce un commercio. Qui l'elemento ne-

(1) Pardessus, n° 39. Ma più facilmente vi sarebbero degli intraprenditori subappaltatori, che assumendo per contratto col governo la impresa delle ferrovie, non sarebbero che commercianti in tutta la estensione della parola.

(2) Molinier, n° 129, Bruxelles 10 gennaio 1808; Limoges, 1° giugno 1811; Caen, 6 luglio 1836.

(3) Pardessus, n° 16, 18; Nougier, t. 1, p. 383; Orillard, n° 294 e 295; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, n° 2045, Cassazione francese, 6 luglio 1836; Parigi, 6 agosto 1813; Corte di Torino, 3 luglio 1830 (Bettini, part. ii, p. 85); Chambéry, 13 gennaio 1833 (Bettini, part. ii, pag. 330). Si deve però avvertire che queste due ultime decisioni osservano il caso che il mastro di posta, tenga pure locanda, alloggi viaggiatori ed affitti vettura, non è più adunque il caso semplice che noi esaminiamo.

Digitized by Google

gativo sta principalmente nell'oggetto della riscossione, che rappresenta una rendita del genere amministrativo, ed è veramente una gabella, non essendo il conduttore che il surrogato dell'uffiziale municipale, che senza di lui sarebbe là ad esigere la tassa.

3° Le imprese di somministrazioni, di agenzie, di uffici di affari e di spettacoli pubblici;

37. *Sulla impresa di somministrazioni. Generalità.*
38. *Collegi ed istituti di educazione. Prevalenza dell'elemento educativo e scientifico ad escludere l'idea della commercialità.*
39. *Case di tolleranza. Somministrazioni. Negazione di diritto per quanto riguarda l'ente conosciuto sotto quel nome.*
40. *Agenzie ed ufficio di affari. Il carattere della commercialità che vi è impresso è indipendente dalla qualità degli affari che vi si trattano. L'agente nel suo particolare può fare atto commerciale, promuovendo e attuando operazioni non commerciali.*
41. *L'affare però non è commerciale se non dal lato degli agenti. L'agenzia non è per se stessa un ente morale o giuridico da rendere solidalmente responsabili tutti i suoi membri. Del caso in cui esista un capo o direttore responsabile.*
42. *Imprese di spettacoli.*

---

37. Si è avuto ragione di enunciare le *somministrazioni* sotto l'aspetto di una *impresa*, ossia di un cumulo di fatti formante oggetto di speculazione industriale, perchè in italiano il vocabolo *somministrazione* è poco decisivo, attesa la sua generalità. La voce *fournitures* dei francesi è più espressiva. Oltre la *complessità* si richiede la *qualità* delle cose somministrate. La somministrazione, per es., di danaro appartiene ad un'altra classe d'operazioni. È di consumo o d'uso; di vendita o di locazione. Il fornitore può lavorare o non lavorare le materie, ed essere o no un manifattore; ciò essendo accidentale, non qualifica l'impresa, la quale piuttosto prende nome e carattere dal proprio oggetto, quello di accorrere con mezzi che non possono esser raccolti se non dagli uomini che ne fanno professione, ai grandi e frequenti bisogni materiali, economici, intellettivi. *Imprese di somministrazioni* ce n'ha d'ogni sorta, d'ogni forma, si direbbe d'ogni colore. Dal rigattiere che tiene un deposito per le mascherate del carnevale, dal mercante di mobili e tappezzerie che può ad ogni momento corredare una sala da ballo e un magnifico quartiere, al provveditore del gaz per illuminare la città, all'esercente di un gabinetto letterario che somministra libri, giornali, riviste, o insieme cene, rinfreschi, istrumenti da giuoco, ecc. (1), al fornitore dei calzoni, delle scarpe o dei cappotti per l'esercito. È un esercizio che d'ordinario ne abbraccia degli altri; per lo più il fornitore è commerciante per questo e per altri oggetti; e ciò non fa che vieppiù assicurare a questo esercizio il suo carattere commerciale. „

38. Rapporto ad istituti d'insegnamento, di educazione, a collegi, ad ospizi e pensioni, vi sono opinioni autorevoli per ritenerli stabilimenti di commercio.

Due decisioni, una della Corte di Parigi, del 20 novembre 1807 (DALLOZ, v° *Commerç.*), l'altra di Rouèn, del 30 maggio 1820, non dubitarono di asserire che i *maîtres de pension* (2), e quanto alle compre e contratti che fanno pel loro convitto, sono veri commercianti, soggetti perciò sinanco all'arresto personale. Più recentemente la Corte di Torino (10 febbraio 1855, BETTINI, II, 403): essere commerciante quegli che, sebbene non autorizzato, tiene pubblica pensione, quantunque limitata a un dato genere di persone.

Certamente codeste opinioni si fondano sopra un grave argomento. Ogni collegio di questa natura è un'impresa di somministrazioni, poichè fornisce a un numero più o meno esteso d'individui alloggio, vitto, medicine, tutto ciò che occorre alla vita oltre i mezzi di

---

(1) DALLOZ, cap. IV, p. 478, Bruxelles, 5 maggio 1815; Toulouse, 5 marzo 1825.

(2) Ripeto la espressione precisa, perchè il dire che quelle Corti hanno opinato in contrario alla sentenza comunemente accettata, potrebbe essere l'effetto di un equivoco per quello che saremo a dire nel seguito di questo paragrafo.

Digitized by Google

istruzione; e tutto ciò mediante compenso in danaro: quindi chi piglia a suo rischio e profitto una simile impresa è nella condizione di ogni altro commerciante.

Risalendo però a quell'epoca in cui il progetto del Codice di commercio era studiato da tutte le notabilità giuridiche della Francia, la Corte imperiale di Parigi, la cui autorità in queste materie non può mettersi in dubbio, faceva le seguenti osservazioni: « Le principe « que celui-là seul est marchand qui achète pour « revendre ou pour louer, admet une exception « en faveur des sciences et des arts libéraux. « Ceux qui les professent comme sont les in- « stituteurs et les maîtres de pensionnat, *s'oc- « cupent essentiellement de la instruction, quoi- « que leur état comporte des fournitures qui « nécessitent des achats; les fournitures ne sont « que un accessoire; le principal, ce qui carac- « térise l'état, c'est la instruction qu'on ne « peut en aucun sens qualifier des marchan- « dises* » (1).

La giurisprudenza francese in tempo meno lontano si è venuta sempre più spiegando a favore di questo sistema (2). Ma Orillard ha detto bene: non bisogna esagerarlo. Un collegio d'istruzione e di educazione non può in verità classificarsi fra gli stabilimenti di commercio. Ma in essi non sempre s'insegna e non sempre si educa. Vi sono pensionati specialmente nelle grandi città, dove si vive assai bene, ma nulla più: maniera di alberghi a convitto, il cui imprenditore è senza fallo un commerciante.

Di mezzo alle due specie così distinte ve n'ha una terza in cui l'oggetto di traffico sembra assumere carattere di principalità, facendo in certo modo servire i più nobili mezzi scientifici e morali a proprio istrumento. Un privato che aprisse un collegio educativo conducendo a prezzo maestri e professori, e rimborsandosi sulle pensioni degli alunni, farebbe opera di commercio? Taluno risponde affermativamente (Orillard, cap. xxxv): io porto diversa opinione. L'oggetto commerciale (a rigore del Codice) diventa secondario qualvolta l'interesse privato, senza perder di vista se stesso, contribuisce colla sua operosità ad attuare fatti di un interesse più elevato e generale: e così diciamo di questo. Quel privato che stipendia i professori e guadagna sulle pensioni degli alunni, senza aspirare alla fama di generosità, può tuttavia rendersi benemerito della educazione, della scienza, delle belle arti, coi vantaggi che procura ai loro cultori, colla bontà delle scelte, colla copia dei mezzi istruttivi, e già dev'essere lodato del pensiero che suppone un uomo educato alle più liberali discipline. In Francia ci sarà bisogno per questo di un diploma dell'università: il diploma non è certamente inutile a qualificare l'esercizio. Ad ogni modo io non trovo il commerciante, ma l'istitutore. Se si esige un'approvazione superiore, un carattere legale, la sua pensione potrà essere soppressa; ma il contravventore non sarà punito o premiato, non voglio dir quale, qualificandolo commerciante.

39. Vi sono esercizi abbastanza vergognosi per aver un nome in un Codice di diritti; e non abbastanza temuti per averne uno nel Codice delle pene. Li chiamano *case di tolleranza*. Il commercio vi è, ma nel suo più detestabile aspetto. Vi sono anche nefande istitutrici o nefandi istitutori che hanno il loro collegio di donne che convivono nella stessa casa e, nelle maggiori capitali, hanno una esibizione splendida e lussureggiante. Vi è chi *somministra* questa ricchezza di mobili e di trattamento alle case di tolleranza: c'è una *impresa di somministrazioni* da verificare i termini dell'articolo. Possono nascere delle contestazioni, e allora bisogna sapere se la giurisdizione sia quella del Tribunale di commercio.

Un commerciante qualunque può fare delle ragguardevoli somministrazioni al direttore o tenitore della casa; ed è nella condizione giuridica di ogni altro commerciante che fa delle somministrazioni di questo genere. Se vi è questione, cade sui rapporti dello stesso direttore che fa andare il traffico, in gran parte almeno per proprio conto, colle sacerdotesse dello stabilimento alle quali somministra vestiari, alimenti, ecc. In varie decisioni recenti di Corti francesi si trova che i tenitori delle case di tolleranza, comprando stoffe, vesti ed altro per rivenderle alle donne della famiglia, fanno atto di commercio (Colmar, 28 giugno 1866, *Cour du Palais*, pag. 1287; Orleans, 26 novembre 1861, *Cour du Palais*, 1862, pagina 419 (3).

Nulla di strano che la *casa* essendo per-

(1) È pure di gran peso l'autorità di Locré, *Esprit à l'art.* 632.

(2) Parigi, 19 marzo 1831, 16 gennaio 1833, 16 del 1836; Cassazione francese 25 novembre 1827, Dalloz, v° *Commerc.*; Orillard, cap. xxxv; Nouguier, pag. 144.

(3) Vero è che le stesse decisioni dichiarano che la vendita o cessione della casa di tolleranza non è

messa, e non solo permessa ma eziandio patentata (per disciplina, è vero, e per minor danno, ma pure patentata), non vi è nulla di strano, io diceva, che possano sorgere dei rapporti giuridici fra le persone che costituiscono l'azienda intorno ai fatti che per se stessi sono oggetto dell'ordinario commercio. Bisogna però aver cura di distinguerli da altri fatti che nel comune commercio ricevono qualità o dalla professione, o dal carattere generale dell'impresa. Gli uni sono quelli di ogni commerciante in quanto si reputano atti di commercio (articolo 3, n° 3); gli altri derivano dall'indole delle imprese che la legge dichiara commerciali. Noi siamo in un caso totalmente ibrido ed eccezionale. Ciò che è *tollerato* non è giuridico: è anzi la negazione del diritto, perchè il diritto *etiam nolentibus* impone se stesso. La professione di commerciante attribuisce carattere commerciale a ciò che è suscettibile di averlo. Un lupanare può sopportarsi, ma come tale non può esser materia di convenzioni, nè una convenzione di questo genere può pretendere alla legalità. Questi riflessi valgono a conferma della giurisprudenza proclamata dalle citate decisioni (1).

40. Non è bisogno spiegare che s'intenda per *agenzie d'affari*: ogni autore ve lo dice (2). Vi è pure l'*ufficio d'affari*, che non può esser sinonimo d'*agenzia*, perchè il linguaggio legale, più ancora del comune, non ammette sinonimi. Pare che *agenzia* significhi la parte morale dell'impresa, ed *ufficio* la sua sede visibile, il luogo ove vengono a trattarsi gli affari. Certo che il senso di questo secondo vocabolo è molto più concreto. Se non che i vocaboli ravvicinati fanno vedere che l'*ufficio di affari* deve tenere in qualche modo della *agenzia* per aver grado commerciale. Non avrà nè le prerogative nè gli obblighi del commerciante l'uomo che in meschina apparenza, sotto un portico aperto o in qualche andito tagliato nel muro, scrive le petizioni, le lettere amorose, e, se occorre, riempie le stampiglie delle denuncie per la ferrovia.

La dottrina è già fissata sul ritenere che la commercialità dell'*agenzia* consiste piuttosto nel numero e nel movimento degli affari, che nella qualità. Non è quindi necessario che l'agenzia si occupi di affari commerciali per esser un'impresa di commercio. Il commercio consiste nel trarre dei lucri più o meno continui dall'agenzia e dalla pubblicità con cui si esercita. Noi vediamo quindi in commercio le stesse cose prendere diversi aspetti in quanto o si riguardino in se stesse, o invece nel punto di vista di un'attività estrinseca che le promuove o produce.

Le società di assicurazioni mutue fra proprietari per garantirsi dalle conseguenze di sinistri qualunque, non sono commerciali; ma chi fa professione di promuovere, combinare, dar vita a simili associazioni, opera commercialmente, anche senza far parte di un'agenzia e nel suo particolare, ove lo faccia, non *en amateur*, ma per guadagno: perchè l'*opera che crea un'opera qualunque* è fuori di essa, e come indipendente non si qualifica dall'effetto che produce. Però se a tali negozi non si applicasse che rare volte, o tutt'altra professione esercitasse, farebbe, se vuolsi, atti di commercio (3); nè perciò sarebbe commerciante. Membro dell'*agenzia* è un professionista, e come tale un commerciante.

41. Il criterio che qui adduco sembra non acconsentire ad una opinione di Orillard (cap. LIII), che colui che da una società di assicurazione mutua o dalla cassa comune esige un salario per amministrarla, quasi gerente, si debba considerare commerciante. Quell'attività estrinseca che si qualifica commerciale, avvegnachè non messa, per dir così, ai servigi del commercio, nel caso proposto dal chiarissimo autore è accomunata alla stessa società, a quella società che non è commerciale, e non può avere qualità diversa da quella che a tale natura di società viene attribuita, quindi l'agente che amministra non può riputarsi commerciante più di quello che si reputi commerciante, l'agente d'una fattoria.

Da questo che gli affari civili, ad esempio le vendite e locazioni delle case, i prestiti con ipoteca, i matrimoni, non diventano commerciali per essere trattati col mezzo di un'agenzia, segue che il carattere della commercialità permane in coloro che esercitano l'agenzia: e

atto di commercio: s'intende facilmente. Si compra o vende la casa materiale? Ed è semplice che, essendo immobile, non forma soggetto di commercio. Ovvero, profanando la parola, è l'ente morale, l'infame avviamento che si cede ad un altro tenitore; l'atto sotto questo aspetto non è altrimenti giuridico, come vengo a spiegare nel testo.

(1) Non intendo qui trattare del *commercio illecito*, che troverà luogo più opportuno in altro luogo del commento.

(2) Pardessus, n° 42; Nougier, pag. 165 a 168; Orillard, cap LIII; Alauzet, *Comm.*, n° 2032.

(3) Mi esprimo in questo modo, perchè dovrebbero prendersi in considerazione le particolari circostanze del caso.

come non si comunica agli affari, non si comunica tampoco a quelli che si direbbero i clienti dell'agenzia medesima. Quindi non potrebbero essere citati al Tribunale di commercio per le obbligazioni che vi avessero incontrate.

Quanto alle azioni che questi dal canto loro volessero promuovere, è a ritenersi che l'*agenzia*, sebbene si consideri un qualche cosa che esiste per sè, porta un nome, e spiega al pubblico una divisa qual che si voglia; non è però un ente giuridico e solidale, se pure l'agenzia non sia costituita in una forma sociale riconosciuta dal Codice. Mancando la essenzialità del corpo giuridico, manca quindi la solidarietà di diritto; ed ogni agente risponde di sè e dei fatti proprii. Non si può nemmanco dire che si è creduto all'agente in quanto appartiene ad un ufficio che colla sua operosità, prodotta dal numero e qualità dei collaboratori, inspira fiducia. Se non che le agenzie, come tutte le imprese di questo genere, che acquistano una vera importanza, sogliono esser governate da persona che figura capo e direttore; e solo così possono mantenersi in credito. Il capo o direttore è responsabile del fatto di tutti gli altri che si considerano di lui preposti o incaricati (1).

42. L'oggetto di quello che la legge chiama *imprese di spettacoli pubblici* è di trafficare sopra uno dei più vivi bisogni delle società incivilite: per l'imprenditore l'arte, l'abilità, il genio non è che un mezzo; vero è però che l'arte qualche volta, facendo mostra di sè ed esibendosi a prezzo, non cessa di essere oggetto a se stessa. Perciò è generalmente ammesso che quell'artista suonatore, prestigiatore, improvvisatore che fa copia al pubblico de' suoi talenti in teatro nelle sale e nelle accademie, non è un commerciante: Sgricci non era un commerciante; nè Sivori o Bosco lo sono. Nel linguaggio del Codice sarebbe improprio il dire che un artista dà spettacolo di sè, quando non si circondi di tale apparato e di tanti sussidii personali e reali da formare un vero spettacolo (2).

Tutti i fatti che concorrono all'attuazione, all'esplicazione d'imprese commerciali, sono commerciali (3). Questo è un principio. Le somministrazioni che si fanno ad un teatro dovrebbero avere questo carattere. Un negoziante che fornisce le stoffe e i tappeti pel palco scenico, le tele ai dipintori, i candelabri e le luminarie, senza dubbio s'immischia in una impresa commerciale. Ma quando la somministrazione muove da un'altra veduta; quando lo spettacolo, come tale, diventa uno scopo secondario, ed altro predomina d'indole diversa, la somministrazione cessa di essere atto di commercio. Il governo che soccorre i teatri nazionali, i Comuni che fanno la *dote* e largiscono ai teatri comunali, che altrimenti non potrebbero sussistere, non sono commercianti: ognuno l'intende: essi fanno un'opera di utilità pubblica, come domani sostenendo un ospizio fanno opera di beneficenza.

Che mai contribuisce di più ad uno spettacolo che la erezione dello stesso teatro? Qui però si distingue prontamente fra l'edifizio mobile e l'immobile. I teatri portatili, che si costruiscono per gli spettacoli d'estate e spariscono colle ultime pioggie d'autunno, benchè per stare in piedi dovessero figgersi nel suolo, avrebbero pur sempre la natura di mobili agli effetti commerciali, quantunque potessero considerarsi immobili ad altri effetti. Quel teatro fisso al suolo potrebbe assoggettarsi ad ipoteca, e allora il possessore del suolo non potrebbe più levarlo se non cancellata la ipoteca. Colpito da pignoramento, sarebbe venduto alla maniera degli immobili. Ma l'operazione che si fa di costruirlo e disfarlo pei servigi dello spettacolo, è cosa di commercio; le obbligazioni e gl'impegni che s'incontrano per ciò sono della competenza commerciale. Niun dubbio per contrario che, rapporto al teatro stabile, l'edifizio, propriamente detto teatro,

(1) L'esempio delle *Casse di risparmio* che quasi tutti gli autori vengono allegando, non sembrami in luogo opportuno. Chi mai confonderebbe le Casse di risparmio colle agenzie? Queste sono l'ufficio aperto a tutti gli affari; quelle sono istituzioni ad uno scopo filantropico, bene determinato, e che in se stesso nulla hanno di commerciale (Vedi le nostre osservazioni al n° 11, lett. *g*).

(2) L'areonauta che, *mediante salario*, dà al pubblico lo spettacolo di un'ascensione in un pallone, fa atto di commercio: decise la Corte di Parigi il 1° agosto 1832 (Duclos - Dupuis). L'areonauta difatti è in condizione diversa dagli altri artisti o maestri succennati. Gli bisogna il più grande apparato, deve condurre un gran numero di operai, ecc. Tutto ciò facendo la impresa per conto proprio. Quando però egli si prestasse ai suoi voli a *salario*, come dice impropriamente la decisione di Amiens, ossia a premio fisso, io porterei altra opinione; crederei che il solo imprenditore dello spettacolo facesse opera commerciale: l'artista non farebbe che esercitare la propria arte, sebbene a premio.

(3) Laonde gli allogamenti delle logge, gli abbonamenti, la compra delle opere degli autori, degli ornamenti scenici, ecc., sono atti di commercio.

contratti che si fanno cogli architetti, la sua costruzione, la sua decorazione in quanto sono inerenti all'edifizio, sfuggono alla cognizione commerciale (1).

Gli attori, per quanto possano proporsi a principal cura la nobile ambizione dell'arte, sotto il prosaico punto di vista commerciale, appaiono istrumenti in mano all'imprenditore, che, scritturandoli, fa atto di commercio. Dal canto loro hanno i diritti e gli obblighi regolati dalla giurisdizione commerciale; e ciò secondo uno spirito assai bene inteso d'interesse pubblico, affinchè le procedure e i rimedi siano rapidi e pronti (2). È però stabilito che gli attori non fanno atto di commercio comprando il loro abbigliamento personale, quantunque teatrale: il motivo dell'acquisto non può vincere l'altra regola, che sembra rimanere inconcussa, non annoverarsi fra gli atti di commercio *le compre che si fanno per uso della persona*.

4° Le operazioni di cambio e di senserie (3);

5° Le operazioni di banca (4);

6° Le lettere di cambio, gli avalli, le rivalse e le loro girate, validamente fatte tra ogni sorta di persone (5);

7° I biglietti all'ordine sottoscritti anche da persone non commercianti, purchè dipendano da causa commerciale, gli avalli e le girate dei medesimi (6);

8° Le imprese di fabbriche e costruzioni, se l'imprenditore provvede i materiali.

43. *Imprese di fabbriche e costruzioni. Analisi della clausola* = se l'imprenditore provvede i materiali.
44. *Benefizio apportato dalla nuova legge. Oscillazioni della precedente giurisprudenza.*
45. *Concessioni governative. Appalti. Questioni di commercialità che rimangono definite da questa legge.*
46. *Escursione sulla coltivazione delle miniere. Indole della operazione. Silenzio del Codice.*
47. *Esposizione della Legge sulle miniere del 30 luglio 1840.*
48. *Oscillazioni e contrarietà della dottrina e giurisprudenza francese.*
49. *Soluzione. La coltivazione delle miniere non diventa atto commerciale se non quando sia assunta da una società di commercio.*

43. L'articolo 673, n° 1, del Codice sardo, simile in ciò all'articolo 633 del Codice di commercio francese, non aveva rapporto che alle costruzioni marittime. È noto che questo punto fu dibattuto nei lavori preparatorii del Codice; che una prima redazione sommetteva al Tribunale di commercio indistintamente *tutte le imprese di costruzione;* che si trovarono giuste le osservazioni fatte dalle Corti d'appello di Angers e d'Orleans, al cui senno tanta estensione di podestà nel Tribunale di commercio parve pericolosa; e l'articolo piegò a comprendere soltanto le costruzioni marittime. Fu ottimo consiglio della nostra Commissione proporre quest'aggiunta al Codice (Processo verbale del 2 maggio 1865).

Noi abbiamo in qualche modo anticipato trattando di questa materia ai n[i] 34 e 35. Resta a vedere l'importanza della clausula che è sembrata indispensabile — *se lo imprenditore provvede i materiali.*

La legge ha voluto distinguere le costruzioni che si fanno da uno speculatore per proprio conto, da quelle che si fanno per altrui

(1) Qui però non bisogna dimenticare che l'*intraprenditore delle costruzioni* farebbe atto di commercio, trovandosi nella condizione prevista dal seguente n° 8. Si passa allora a una diversa categoria. Tutte le operazioni mediane e subalterne vengono acquistando carattere dall'oggetto principale.

(2) Quindi, a proposta della Commissione, nacque il n° 6 dell'articolo 723. È un nuovo portato del Codice, benchè fosse già entrato nella pratica generale questa interpretazione della legge sugli *spettacoli pubblici.*

(3) V. il commento al Capo I e II del Tit. III.

(4) V. il commento al Titolo III.

(5) V. il Titolo IX.

(6) V. il Titolo III, Capo II.

Digitized by Google

commissione. Chi fabbrica per conto proprio può bene avere le sue mire di futuro guadagno secondo gli usi a' quali viene destinando l'immobile: ma intanto ciò ch'egli fa è una fabbrica che, per sè considerata, è materia estranea alla giurisdizione commerciale. La fabbricazione per conto altrui può contenere l'elemento commerciale, in quanto essa non è propriamente l'obbiettiva del costruttore: l'oggetto invece è di trafficare sugli istrumenti della fabbricazione che sono mobili al momento che sono acquistati e adoperati, sebbene vadano mano mano a congiungersi alla fabbrica ed a formarla.

Il costruttore può guadagnare anche sulla *mano d'opera*, come altri osservò; ma questo elemento, isolato, non caratterizza la operazione commerciale, e lo dimostra la clausula. Quale n'è mai la ragione? Non ultima certo fra quelle vaghe e vaporose che sono spesso i criteri della commercialità.

Veramente non si crede che il guadagno sulla mano d'opera sia, per dir così, materia proibita. Non possiamo inoltrarci sino alle teorie di Proudhon. Il lavoro è il prodotto dell'attività umana, ma non appartiene propriamente alla sua personalità. Non è lecito trafficare sulla persona come si fa dello schiavo; ma si può trafficare sui prodotti della sua industria, il che succede sempre. Quando il capitalista conduce l'operaio calcolando come potrà condurne a miglior mercato, non fa che attribuire ad una cosa mercatabile quel prezzo che più gli conviene. Egli è libero, come libero è l'operaio di non concedere l'opera sua a quel prezzo. Malgrado ciò, che d'altronde è naturale in qualsivoglia impresa, in quelle specialmente che riguardano costruzioni di fabbriche, la legge non considera questo fatto come una caratteristica commerciale.

Due criteri distinti possono guidarci a raggiungere la secreta intenzione della legge. L'uno ha una precisa attinenza coi riflessi che abbiamo percorsi in via d'obbiezione. È vero che il mercato della mano d'opera entra sempre nel calcolo degli imprenditori; ma vi entra sotto la forma e in considerazione del prodotto, non puramente e semplicemente come speculazione sul lavoro personale. Veramente non crederei fosse traffico onesto, nè il Codice di commercio ce ne dà l'esempio in verun luogo, non fare altra cosa che radunare degli operai per trasportarli qua e là secondo il bisogno dei capitalisti; farsene quasi l'agente e il mandatario; influire ond'essi lavorino al ribasso, lucrando a modo di trafficante la differenza dal costo normale. Che farebbe mai il costruttore, qual altro utile potrebbe ricavare dalla costruzione che si assume, posto che non importasse i materiali?

Due ipotesi possono figurarsi. Un proprietario che vuole erigere una fabbrica in una sua villa chiama un capo muratore o un architetto, e gli dice: io voglio costruire una fabbrica al tal uso, datemi il disegno; io pongo a vostra disposizione le pietre e i legnami delle mie fornaci e dei miei magazzini: e a premio vi offre diecimila franchi. Si accetta. Il maestro muratore o l'architetto accorda l'occorrente numero di operai, e quanto meno li paga, tanto più guadagna: ciò è evidente. Ma il concorso operaio a lui è mezzo, non fine; se ne giova nel miglior modo come si fa sempre dei mezzi; causa efficiente però del suo guadagno è l'arte che professa, le sue cognizioni tecniche, la sua buona riputazione: infine il suo merito personale. Facciamo l'altra ipotesi. Quel proprietario non ha materiali da disporre; egli affida la costruzione ad uno che deve fornirli; ed ecco emergere l'elemento commerciale. Il guadagno possibile sulla mano d'opera può ancora considerarsi come un mezzo; ma la ragione giuridica del commercio sta nella *somministrazione* dei materiali, che costituisce da sè una operazione di commercio (num. 9 di questo articolo): l'oggetto è di mettere al miglior profitto l'impiego di quei materiali che l'imprenditore ha comprati, o suole fabbricare per servirsene in tali imprese; e siamo precisamente nel circolo dei criteri della commercialità.

Un altro motivo ci può essere che io peraltro reputo secondario, ed è più sottile. Esso poggia sulla nota distinzione fra soggetto immobiliare e mobiliare. La mano d'opera propriamente si confonde coll'edifizio in quanto alla costruzione: è lo stesso lavoro di costruzione. I materiali invece della costruzione, in quanto si adoperano, sono mobili, secondo le considerazioni poste di sopra. Senza questo fatto estrinseco ed accidentale della somministrazione mancherebbe adunque la materia abile alla giurisdizione commerciale.

44. La nuova legge ha fatto un reale benefizio, ha tolto di mezzo non poche questioni, e omai la giurisprudenza potrà fissarsi intorno a un centro. La difficoltà che travagliava la giurisprudenza, quanto a me pare, consisteva nel potersi o no applicare il principio della commercialità delle *somministrazioni* ad opere stabili circa le quali sembrava prevalere un altro principio. Quindi ora si vedeva quasi spiccare una cert'avversione ad abbandonarle, per così dire, alla giurisdizione commercia-

Digitized by Google

le (1); ed ora si cedeva all'idea opposta, pressochè alla regola del buon senso, a norma di circostanze, e senz'avere un concetto ben fermo (2). La dottrina francese abile quanto di solito pretensiosa, perpetuo nostro modello, non aveva suggerimenti a dare, poichè l'assenza di ogni legge sul proposito si presentava come un vero ostacolo, sapendosi che il legislatore non aveva voluto fare su questo punto concessioni alla giurisdizione consolare.

45. Io spero ne verrà altresì semplificata, in ordine alla giurisdizione, la teoria importantissima delle concessioni governative rispetto ad opere pubbliche e agli appalti. Appalto significa più comunemente la concessione fatta dal governo per via di contratto a società o a particolari di attivare opere di pubblico interesse a proprio carico e con premi o corrispettivi stabiliti. Scorrendo il Codice non ne troviamo fatta menzione quale materia di sua competenza. Non è difatti dalla proprietà ed appartenenze del governo, e dalle sue cessioni o concessioni che possa derivarsi il principio della commercialità. Abbiamo avvertito più volte che il governo propone al suo operare intendimenti superiori e troppo lontani da quella che chiamasi speculazione di commercio. Questa dunque non può cominciare che dal lato dei concessionari o degli assuntori, i quali costituendosi centro di una novella attività e loro propria, fanno rampollare, se mi è permessa la frase, l'operazione commerciale degli atti stessi dell'amministrazione pubblica.

Questo avviene generalmente per la qualità dei concessionari ed assuntori che, trattandosi d'imprese alle quali occorre un grande sforzo di capitali, sentono il bisogno di formarsi in associazioni, e queste sono di loro natura istituzioni commerciali. Quindi è che il Governo, dominando direi la situazione, come quello che porge la materia all'industria, se non può essere tratto commercialmente in giudizio, si giova delle condizioni nelle quali si vengono a porre volontariamente i suoi derivatari, e può costringerli con mezzi vieppiù spediti, a tutte le obbligazioni dei commercianti.

Non sempre però le imprese sono così vaste, e non sempre gli impresari del governo sono società commerciali. È allora che conviene desumere il carattere commerciale dalla qualità della operazione, e si entra nelle categorie schierate nell'articolo 2.

Nei casi più frequenti tre sono le funzioni che l'amministrazione pubblica concede anche per proprio interesse alla industria privata. Forniture e somministrazioni; trasporti, fra i quali l'esercizio delle ferrovie; le costruzioni, qualunque siano, di fabbriche, strade, ponti, canali, ecc., delle quali ora ci occupiamo. Quel bel monumento legislativo che è la Legge sulle opere pubbliche (3), in molti luoghi tratta di *costruzioni* affidate alla industria privata, e ognora suppone che *l'imprenditore provvegga i materiali;* ed ecco la nuova legge sciogliere il dubbio e mostrare che all'indole commerciale della operazione non fanno ostacolo nè la provenienza governativa del lavoro, nè la qualità dell'opera, cioè pertinente al suolo e in perpetuo duratura. Era d'uopo che la legislazione rappresentasse il concetto giuridico che vi corrisponde, rimasto come in germe nelle precedenti.

Coltivazione delle miniere.

46. La coltivazione delle miniere appartiene di sua natura al diritto della *proprietà industriale*, al cui esame dedicheremo più avanti un interessante capitolo. Dai tesori che la na-

(1) La costruzione di una casa per un particolare non costituisce un atto di commercio, ma una semplice locazione d'industria (Colmar, 14 agosto 1830). L'impresa di lavori o costruzioni incorporati agli immobili ed al suolo è soggetta alla giurisdizione civile (Nancy, 13 marzo 1812). Sino le imprese o subappalti di lavori pubblici o di costruzioni in generale (trattavasi in ispecie di otturamenti e scavi di canale), si dicevano non costituire atti commerciali (Nancy, 6 aprile 1843; Bruxelles, 22 maggio 1819; Torino, 18 aprile 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, pag. 365.

(2) Chi prende le imprese della costruzione di un fabbricato per conto del governo, fa atto di commercio. Lo fa pure il cessionario di una parte di detta impresa, ed anche colui che si obbliga verso l'intraprenditore di fornirgli una quantità di materiali che si debbe comprare da altri e farli lavorare (Appello di Torino, 11 gennaio, 1853, Bettini, part. II, pag. 490). La impresa per la costruzione di un quartiere militare e la cessione della detta impresa ad un terzo costituiscono atti di commercio, per cui le contestazioni che ne nascono sono di competenza del consolato, *senza che vi osti il disposto dell'articolo* 678, n° 1 *del Codice di commercio* (Appello di Torino, 11 gennaio 1853, *Diario forense*, pag. 582; aggiungi la decisione della Corte di Torino, 16 febbraio 1849, Bettini, p. II, p. 875; 6 luglio 1852, Bettini, part. II, pag. 659).

È singolare che in quel tempo la disposizione della legge relativa alle costruzioni in luogo di valere di appoggio, si presentasse come un obbietto da combattere.

(3) 20 marzo 1865, all. F.

Digitized by Google

tura vi ha racchiusi, e la mano industre dell'uomo cava dalle viscere della terra e mette in luce, il commercio acquista incrementi e ricchezze che più volte hanno prodotto l'effetto di alterare i rapporti generali del cambio e l'equilibrio economico delle nazioni. Ma qualunque sia la influenza di tali scoperte, certo è ch'esse si fanno a profitto della industria, e aspirano al commercio come allo sfogo necessario delle materie prime od elaborate che ne sono il prodotto. Se non è atto di commercio, nulla è più vicino al commercio e gravitante, per così esprimermi, verso di esso quanto la coltivazione d'una miniera. In effetto non se ne discute quasi mai senza aver bisogno di applicare una teoria di commercio. Bisogna dunque trovare un luogo per parlarne, accostando il soggetto a qualcuna delle categorie degli atti di commercio descritte dal Codice, quantunque propriamente atto di commercio non sia.

Il silenzio del Codice lo dimostra. Tuttavia se questa specie d'industria non è nominalmente enunciata, come non lo sono tante altre, potrebbe riscontrarsene il carattere in alcuna di quelle forme giuridiche che contengono sì gran numero di specie. Il lavoro della miniera non appartiene alla categoria delle *costruzioni* se non quale termine negativo. Vero è che lo estrarre ricchezze sepolte nel suolo moralmente equivale troppo bene ad una costruzione delle più magnifiche; fisicamente però non si fabbrica sul suolo e non vi si arrecano materiali di fuori, soggetto di speculazione nel senso del nostro articolo: esso adunque non è applicabile.

Ma vi ha di più. È una materia regolata da leggi speciali, il che per vero non porterebbe che non potesse eziandio cadere sotto le disposizioni del Codice di commercio, come per esempio quelle società industriali disciplinate da regolamenti, e che nonostante sono di stretta appartenenza commerciale. Vi è però questa differenza che il Codice ne dispone come di materia sua propria, e della coltivazione delle miniere non si fa parola.

47. In Francia è ancora in vigore la Legge 21 aprile 1810, che all'articolo 32 dice precisamente: « L'exploitation des mines n'est pas « considérée comme un commerce, et n'est pas « sujette à patente ». Noi ci regoliamo ancora col R. Editto del 30 giugno 1840, promulgato sotto il regno di Carlo Alberto (1). Il proemio della legge ha bene dei rapporti colle idee che son venuto toccando di sopra. Essa comincia così: « Fra le industrie i cui pro« dotti concorrono ad accrescere la pubblica « ricchezza, la coltivazione delle miniere e dei « combustibili fossili si raccomanda partico« larmente alla Nostra sovrana protezione, « siccome quella che provvede ad una infinità « di bisogni, *ed alimenta parecchi rami im« portantissimi di commercio* » (2).

Premette nel titolo I *la classificazione delle sostanze minerali e combustibili*, che distingue in quattro classi, presso a poco come la Legge francese del 1810. Nel tit. II, cap. 1, dall'articolo 3 al 9, si tratta dell'obbligo di chiunque va in cerca e si occupa della scoperta delle miniere, di ottenerne dal governo la *permissione*, eccettuato il solo proprietario che scava nel proprio, e alla condizione che non metta in pericolo qualche parte del pubblico suolo.

Al nostro tema appartiene particolarmente l'articolo 11, il quale dice: « Ogni contesta« zione fra il proprietario del suolo ed il ri« cercatore sulla quota dell'indennità, o sulla « idoneità della cauzione (3), *sarà sottomessa « alla decisione dei tribunali* ». Io credo che lo scopo di questo articolo (in quel tempo in cui il governo si arrogava molte decisioni di diritto) fosse ad escludere l'ingerenza su questo punto dell'autorità governativa. Ciò che a noi può importare si è, che qui si parla in genere dell'autorità giudiziaria, e non in ispecie della consolare.

Il capitolo II riguarda le *concessioni* rapporto ai coltivatori delle miniere di prima classe, che sono le più interessanti (4), le quali non possono coltivarsi senza speciale concessione del governo (art. 16): « la concessione non può mai estendersi a miniere non

(1) Scrive l'articolo 431 del Codice civile: « Le miniere e le saline sono regolate da leggi speciali ».

(2) Domando il permesso di estendermi alquanto sulla disposizione di questa legge contro il solito mio, poichè credo non andare errato ritenendo che fuori del Piemonte sia pochissimo conosciuta. Non posso d'altra parte riportarla intiera per la sua lunghezza.

(3) Giacchè niuno può far ricerche di miniere senza il consenso del proprietario del terreno (art 7).

(4) « Le miniere che contengono in filoni, in strati od in masse, oro, argento, platino, rame, piombo, antimonio, arsenico, cobalto, nicolo, manganese, cromio, stagno, zinco, mercurio, grafite, bismuto, ferro, ed altri metalli non classificati altrimenti dalla legge; quelle in filoni, in strati od in masse, donde si estrae lo zolfo ed i solfati di ferro, di rame, di zinco, di magnesia e di allume; i bitumi e gli asfalti, e finalmente il carbon fossile, le ligniti e l'antracite » (articolo 4).

Digitized by Google

ancora scoperte, riservandosi il governo *di riconoscere e dichiarare la possibilità della coltivazione.* E tale condizione non si deduce soltanto dalla qualità della cava, ma altresì dall'aversi guarentigie sufficienti della buona condotta del lavoro. La preferenza è dell'inventore; in di lui mancanza possono venire in concorso altri richiedenti, vincendo colui che « sarà riconosciuto riunire ad un più alto « grado le guarentigie necessarie ». Dopo formalità non poche, ad oggetto della pubblicità, si concedono le *Lettere Patenti* al concessionario, solite a determinare i modi e i limiti del lavoro che si potrà intraprendere.

« Dalla data dell'atto di concessione, dice « l'articolo 36, la miniera diventa una pro« prietà perpetua, disponibile come tutte le « altre proprietà (1); e salvo quanto alla tras« messibilità per atto fra vivi quelle riserve « che fossero state opposte nell'atto stesso di « concessione ». Conseguenza della proprietà, si accorda *ipoteca con privilegio* a favore dei sovventori dell'impresa (articolo 42).

Secondo l'articolo 51: « Ogni concessionario « di miniere pagherà alle nostre finanze l'an« nuo canone del tre per cento sul valore del « minerale greggio, vale a dire prima che sia « spedito alla fonderia per esservi fuso »: canone proporzionale, che sulla domanda del concessionario può esser convertito in annuo fisso (art. 54). Dall'articolo 55 al 60 si tratta delle indennità e dei diritti del proprietario verso i concessionari.

Il Capo IV è quasi interamente dedicato a prescrizioni di polizia, sì necessarie in operazioni di tal sorta.

Il lavoro della miniera può essere abbandonato: è un diritto (articoli 92, 93); ma bisogna conoscere se vi siano opposizioni. Conviene anche eccitarle, e porger modo onde i terzi siano avvertiti di questa condizione di cose.

La sovrana approvazione (ora diremo del ministero dell'interno per decreto reale) risulta da un *Brevetto* (articolo 100). Il procuratore generale fa trascriverlo « nei registri « del conservatore delle ipoteche in conformità « di ciò che è stabilito nell'articolo 2303 e seg. « del Codice civile per gli atti di traslazione « di proprietà » (art. 102).

Come può vedersi nel Codice civile albertino, l'articolo 2303 iniziava la procedura della liberazione ipotecaria, al quale in parte corrisponde l'articolo 2041 del moderno. Il terzo possessore trascriveva il suo titolo e doveva farne le richieste pubblicazioni: tre mesi dopo la inserzione nella gazzetta dell'estratto della trascrizione, il terzo possessore doveva cominciare il giudizio secondo l'articolo 2306 dello stesso Codice. L'attuale Codice civile porta alcune variazioni che vanno a modificare la portata dell'articolo 102. Riteniamo adunque che dovrà *trascriversi per cura del Procuratore generale* (della rispettiva Corte d'appello) quello che si chiamerà ancora *brevetto di approvazione dell'abbandono di una miniera*, e per analogia all'articolo 2041 del Codice civile, diremo nei venti giorni dalla comunicazione del brevetto. I creditori possono allora prendere *iscrizione sulla miniera* (art. 103) *entro tre mesi*, prescrive questo articolo, in relazione all'articolo 2306 del Codice albertino. Ma l'articolo 2306 è sparito, e subentrà l'articolo 2041 del Codice italiano, ove si trova invece fissato un termine di giorni quaranta dalla notificazione del precetto. Che i creditori delle miniere abbiano ancora il diritto di iscrizione, non parmi dubbioso: dubbio piuttosto intorno al termine. Mi si permetta di sciogliere il dubbio con una parola, cammin facendo. Io mi terrei ai tre mesi dell'art. 103 della Legge del 1840, che dev'essersi richiamata al Codice civile (che fu attivato, come è noto, nel 1837), a modo di relazione analogica e non a sostrato o fondamento della propria disposizione. Io non credo dunque che la nuova legge abbia alterato questo termine.

L'intromissione del governo ha una ragione gravissima, ed è: la miniera abbandonata, per una ragione qualunque, dal privato, ricade al demanio dello Stato, se a lui piaccia, come cosa di pubblico interesse (articolo 107). L'abbandono può invece desumersi dalla *cessazione dei lavori;* ed allora vengono applicabili le savie regole portate nella Sezione II di questo Capo.

Oltre le miniere, abbiamo le *cave* (carrières): ve ne ha di quelle *a cielo scoperto e delle sotterranee* (2); e del modo con cui si deve dichiarare di assumere la coltivazione, di condurla, a quali regole di polizia sia sottoposta,

(1) Aggiunge « mediante l'osservanza degli articoli 45, 46, 47, 48 », nei quali si escludono certi modi di vendite, e si danno regole intorno alla divisione che volesse farsi della miniera.

(2) Sostanze della terza classe: « Le ardesie, i marmi, le pietre da taglio, le pietre da calce, le pietre da gesso, le pietre da macina, le pietre da arrotare, le focaie, le terre alluminose e vitrioliche, le terre da follone e da stoviglie, le sostanze terrose e i ciottoli di qualunque natura ».

Digitized by Google

è materia del Titolo IV. Il Titolo VI, abbastanza breve sulla coltivazione del sale, del nitro o salnitro, rinvia a regolamenti speciali.

Il Titolo VI concerne gli *opifizi destinati alla fondita e manipolazione delle sostanze minerali;* ivi, *le fonderie ed altre usine da fuoco* (Capo I); *peste e lavatoi* (Capo II), coi regolamenti opportuni.

Il Titolo VII ferma la giurisdizione: « Le « infrazioni di natura puramente giudiziaria, « ed ogni contestazione concernente la pro« prietà delle miniere, usine e cave, e l'inte« resse privato dei particolari (1), sono di com« petenza dei tribunali. Si dovranno in ogni « caso sempre sentire le conclusioni del pub« blico Ministero ».

Rispetto poi alle questioni « concernenti gli « effetti e l'esecuzione delle Lettere Patenti « di concessione... allorquando dette questioni « avranno per oggetto i rapporti dell'ammini« strazione coi concessionari, impetranti, ed al« tri interessati, indipendentemente dalla com« petenza attribuita alla Camera dei conti da« gli articoli... e all'autorità accordata all'am« ministrazione nei casi in cui dessa è chia« mata solo a statuire... », la competenza è data ai tribunali di prefettura e alla Camera dei conti in appello (2).

48. Dopo questa non inutile digressione, rientriamo nell'argomento. Ho fatto osservare al principio del precedente numero, che la Legge francese del 1810 ha un articolo che sembra escludere dalla *exploitation des mines* la competenza consolare. Contuttociò ivi la giurisprudenza è oscitante, divisa (3). Non sono più concordi gli scrittori. ORILLARD non resta in dubbio: « Pour nous, nous pensons *que toujours, et dans tous ces cas*, l'exploitation des « mines est une entreprise commerciale ». Di così assoluta sentenza non adduce ragione che valga. DELANGLE, che la Legge del 1810 non concerne il solo scavamento della miniera; così NOUGIER. DALLOZ (*Acte de commerce*, nⁱ 282, 283) pensa con TROPLONG (*Des sociétés*, nº 331) che può esser soggetto di società commerciale; e allora tutte le operazioni relative acquistano carattere commerciale; senonchè DALLOZ ritiene bastare la forma commerciale, benchè la società non ne assuma il nome, e purchè sia pubblicata.

49. Si potrebbe credere che non avendo la nostra legge riprodotto l'articolo 32 della francese, possa più facilmente piegarsi nel senso della commercialità. Certo la soppressione di quell'articolo ha avuto la sua ragione, come diremo più sotto: ma in sostanza a questo effetto è d'uopo un fatto nuovo, un concorso di circostanze giuridiche, non comprese punto in

(1) Date venia al modo di scrivere.

(2) Caduto anche il contenzioso amministrativo colla Legge 20 marzo 1865, tali controversie s'intendono ora devolute ai tribunali ordinari.

(3) Eccone un saggio. Due decisioni della Corte di cassazione del 20 agosto 1833 e 13 dicembre 1835 ritennero che l'articolo 32 non fosse applicabile che ai concessionari; mentrechè la estrazione *senza permesso governativo* di miniere spettanti a un terzo proprietario allo scopo di vendita (com'è sempre ogni estrazione) è operazione commerciale.

Più tardi la Corte di Douai (17 settembre 1842) sentenziò che ogni ricerca di miniere, nulla essendo fissato sul modo della scavazione, *e in caso di concessione* (questo solo bastava per escludere l'atto dalla lista dei commerciali), è atto puramente civile. Somigliante è una decisione della Corte di Parigi del 22 agosto 1853, *Journal du Palais*, p. 421). Ivi si trattava di acquisto di macchine all'oggetto di lavorare i prodotti della miniera. E notansi in questo senso le decisioni della Cassazione francese, 10 marzo 1841; Riom, 21 gennaio 1842; Parigi, 6 marzo 1849.

Contro quelli che ritengono che la formazione di una società allo scopo di utilizzare i prodotti della miniera sia operazione di commercio, DALLOZ ricorda contrarie le decisioni seguenti: Cassazione, 7 febbraio 1826, 24 gennaio 1829, 15 aprile 1831; Corte di Rennes, 13 giugno 1833; d'Aix, 12 marzo 1841; di Nancy, 28 novembre 1840; e quella di Douai, che ho indicata, sul principio che *ogni società prende carattere dal proprio oggetto:* e trattandosi qui di cosa *immobiliare*, la società non può intendersi che civile.

Invece fu altre volte giudicato che, quando l'operazione dell'estrazione non è fatta dagli stessi concessionari, ma da altri, coll'intendimento di aggiungersi degli azionisti, *la società è sempre commerciale*, qualunque sia la sua forma, stante che l'oggetto è di rivendere il minerale (Cassazione franc., 30 aprile 1828, Bordeaux, 22 giugno 1835).

Con un terzo sistema (che vedremo esser il vero) la Corte di Dijon decise in massima che può crearsi bensì intorno a questo oggetto una *società commerciale;* ma tale non sarebbe senza la forma commerciale (26 aprile 1861).

Una decisione della Corte di Parigi (21 maggio 1858, *Cour du Palais*, p. 6: 8) giudicò questo caso. La compra di miniere ad oggetto di speculazione commerciale, consistente nella estrazione e vendita di olio (minerale), non esclusa qualunque altra industria, nella quale il prodotto delle miniere entra come elemento principale, è atto di commercio. (Vero che indi fu oggetto di una società in accomandita).

Altre decisioni difformi porta ORILLARD, c. XLVIII; altre NOUGIER, pag. 289.

Digitized by Google

questo regolamento. S'egli è vero che all'*atto di commercio* corrisponde, come sua conseguenza immediata, *la cognizione consolare*, non trovo possibile coordinarvi quei fatti che passano per mezzo a tante discipline governative che tutte presuppongono il dominio eminente dello Stato, e si compenetrano colla pubblica amministrazione. Si rammenti, che la concessione sovrana attribuisce senz'altro la proprietà della miniera: proprietà del suolo, stabile e capace perciò d'ipoteca. Sino a questo punto la giurisdizione commerciale non ha radice di sussistenza. Ha fatto impressione il vedere che l'oggetto della scavazione è di estrarre minerali per rivenderli (1). Ma ignoravalo forse la legge? Non è questo l'oggetto di ogni consimile industria? Una magistrale sentenza della Corte suprema di Torino, alla quale io pure ebbi l'onore di concorrere (2), così si esprime:

« La coltivazione d'una miniera, sia che si faccia dal proprietario o dal concessionario con fondi propri o con capitali presi a prestanza, sia che venga data in affitto od a colonia parziale, *non riveste la natura d'una operazione commerciale;* nè da ciò che il proprietario si associi con altri per la coltivazione delle miniera, ovvero che la concessione si faccia o la coltivazione s'intraprenda fra più persone riunite insieme in società o direttamente, o per modo di locazione o di colonia, *non ne segue* che, per trattarsi d'una miniera, *la società assuma sens'altro il carattere di società commerciale* ».

« Che però lo scavamento di una miniera *cangia natura e si trasforma in un atto di commercio* tuttavolta viene intrapresa da una società, e di più la società concessionaria o intraprenditrice è una vera società commerciale ».

Parlando della legge francese:

« Che il motivo per cui nella legge francese sulle miniere del 21 aprile 1810 s'introdusse la disposizione dell'art. 32, ov'è detto: *que l'exploitation d'une mine n'est pas considérée un objet de commerce*, si fu la speranza d'indurre i proprietari di minerali ad assumerne essi stessi la coltivazione, e il timore che i rigori delle leggi commerciali circa il fallimento e l'arresto personale li allontanasse da questa idea ».

« Che però malgrado questa legge prevalse in Francia una giurisprudenza, secondo la quale si distingue fra il caso in cui la miniera è esercitata dai concessionari, e quello in cui è esercitata dai capitalisti che si associano a tal fine; ritiensi la società come civile nel primo caso, come commerciale nel secondo ».

« Che la Legge sarda del 1840, mentre riprodusse gli altri articoli della Legge francese, lasciò in disparte l'articolo 32, non proclamò più il principio ivi stabilito, e disse solo nell'articolo 186 che *le questioni relative alle miniere sono di competenza dei tribunali* ».

« Che una disposizione così generica, raffrontata colla soppressione degli altri articoli della legge francese, prova che il legislatore nella legge del 1840 *volle lasciare la questione della competenza in tema di miniere sotto l'impero dei principii generali*, i quali insegnano che la coltivazione d'una miniera non è per sè un atto di commercio, *ma si scambia in una operazione commerciale, tuttavolta intrapresa da una società commerciale*, e assume questo carattere quando esaminandola alla stregua del suo atto costitutivo, desso si appresenta colla forma di una di quelle società contemplate dalla legge di commercio, e coi caratteri costitutivi di una vera società commerciale ».

E questa, secondo me, è la vera teoria.

9° Le imprese di costruzione e le compre, le vendite e rivendite di navi per la navigazione interna o esterna;

10° Le spedizioni marittime;

11° Le compre e le vendite di attrezzi, arredi o vettovaglie per la navigazione;

12° I noleggi, i prestiti a cambio marittimo e gli altri contratti riguardanti il commercio di mare;

(1) Fra le poche decisioni italiane dei sommi magistrati che abbiamo su questa materia, ricordo la decisione della Cassazione di Torino del 15 dicembre 1835 (Adam e Gros), che reputò commerciante chi si dedica alla estrazione de' minerali sul fondo altrui al fine di rivenderli.

(2) Relatore è il mio onorando collega consigliere commendatore conte Valperga (causa Sanna - Ravasco, 10 agosto 1867).

Digitized by Google

13° Le convenzioni per salari e stipendi di equipaggi;

14° Gli arruolamenti di gente di mare a servizio di navi di commercio;

15° Le assicurazioni marittime, anche mutue;

16° Le assicurazioni terrestri, quando non siano mutue, e rispetto all'assicuratore soltanto (1);

17° Le compre e le vendite delle azioni di società commerciali.

50. *Oggetto di questo articolo di nuova formazione. Rinvio.*

---

50. Il § 17 è un'addizione ai precedenti Codici di commercio. Dev'essere stata suggerita dall'idea di circoscrivere anzichè di estendere la giurisdizione commerciale. Difatti ogni volta che si presentarono questioni del genere di quelle indicate nel § 17, la giurisprudenza non ha mai dubitato di ragguagliarle fra gli atti di commercio (2). Ma nello sviluppo continuo delle *azioni commerciali* nascenti da tante e sì svariate applicazioni dell'attività trafficante, non era infrequente il dubitare come e quando taluna di esse potesse penetrare nella giurisdizione commerciale, malgrado il silenzio del Codice. Premendo la forza delle cose, nulla vi ha che si lasci interpretare più largamente quanto il silenzio del legislatore. Si crede non abbia voluto dire perchè non importasse, essendo la ragione per sè manifesta. È dunque a lodarsi la perspicacia di questa definizione.

Posto il limite e così stabilita la periferia della commercialità, si sciolsero ad un tratto controversie ben serie intorno alla forma. In quanto cioè si richiegga o no atto pubblico, e non poche sulla registrazione.

È notevole in ordine alla discretiva, che il paragrafo esclude alla lettera la cessione dei *valori pubblici*, e deve intendersi ove non si trasmettano per gli organi sociali o ad uno scopo relativo a società di commercio. Non possiamo dar più di questo cenno per non prevenire trattazioni che non si devono assumere che nel loro complesso.

Articolo 3.

La legge reputa atti di commercio

1° Le vendite e le locazioni che il commerciante fa delle merci o delle derrate del suo commercio;

2° I biglietti all'ordine sottoscritti da persone commercianti, quando non vi è espressa causa diversa dagli atti di commercio, gli avalli e le girate dei medesimi;

3° Generalmente i contratti e le obbligazioni dei commercianti, se l'atto stesso non dimostra che non hanno causa commerciale.

51. *Sul vario modo di esprimersi della legge.*
52. *Presunzione dei suoi atti che si attacca alla vita del commerciante. Il principio però della giurisdizione è sempre reale. Non osta la forma civile dell'atto.*
53. *Partizione teorica dell'argomento.*
54. *Convenzioni espresse. Cause giuridiche comuni rese commerciali dalla presunzione dello scopo. Mutuo con o senza interesse. Prestito ad uso. Mutuo con ipoteca.*

---

(1) Codeste materie, che sono delle più importanti del Codice, non possono esser trattate che ai titoli che vi sono relativi.

(2) Avverto di passaggio che la decisione della Corte suprema, esposta al num. 49, tenuto per fermo che la cessione delle azioni della società commerciale Sanna-Ravasco fosse atto commerciale, decise essere della stessa natura la cessione di *azioni di godimento* (non contribuenti). « Tale caratteristica, disse la decisione, ha ragione solo nei rapporti fra il possessore delle azioni e la società, ma non modifica per nulla la natura intrinseca e propria delle azioni nei rapporti di chi le possiede coi terzi ».

Digitized by Google

55. *Deposito. Retribuito o no. Deposito necessario. Più specie; e in nessun caso si considera atto di commercio, se il depositario non ne abbia la disponibilità, e allora l'atto cangia natura.*
56. *Convenzione a modo e tempo indeterminato. Mandato ad esigere. Varietà della giurisprudenza.*
57. *Proposte di principii. Sulla dimostrazione della causa commerciale. Nel mandato ad esigere si osserva l'oggetto nella sua attualità. Mandato gratuito.*
58. *Azioni nascenti da quasi-contratto.*
59. *Fatto personale. Azione d'indebito. Si reputa di competenza civile.*
60. *La cognizione del quasi-delitto e delle sue conseguenze appartiene alla giurisdizione commerciale qualvolta il fatto colposo si avveri nell'esercizio del commercio e in ordine ai subbietti dello stesso esercizio.*

---

51. Una osservazione sulla diversa nomenclatura onde s'iniziano gli articoli 2 e 3. *Son atti di commercio*, ivi si dice; e qui invece *la legge reputa atti di commercio*, ecc.

Il dire *la legge reputa atti di commercio* non avrebbe senso quando non tendesse ad esprimere una differenza fra altri fatti che sono intrinsecamente tali. Tutte le nozioni giuridiche positive sono per qualificazione della legge. Gli altri Codici, ricopiando il francese, non avevano proferito che un pleonasmo, dicendo che tutti gli atti di commercio erano *reputati* tali dalla legge. Il parlare propriamente è gran prova di chiarezza d'idee. Quelli adunque descritti nell'articolo 2 *sono* atti di commercio, perchè portano con sè condizioni giuridiche e caratteristiche essenziali.

Nell'articolo 3 vediamo invece dominare la *presunzione;* una presunzione *juris*, ma che può esser vinta dalla prova contraria.

52. Le abitudini della vita sembrano dare alle nostre azioni una piega indelebile; un commerciante deve sempre fare degli atti di commercio, come uno che nasce poeta, sembra non poter fare che dei versi. Così il carattere commerciale si attacca ai fatti e alle convenzioni che nulla ritengono di commerciale in se stesse; e presuntivamente sono veri atti di commercio. Ciò malgrado, ed anzi per questo, il principio della giurisdizione non cessa di essere *reale;* la qualità della persona non fa che prestare all'atto uno spirito, un modo di esistenza che si crede conforme alle sue intenzioni; onde il commerciante non è tratto alla giurisdizione commerciale per una qualità personale, ma per i fatti che si presume emettere in tale qualità.

In questo rapporto la legge si preoccupa ben poco della forma. Essa affigge in più guise la commercialità alla forma (lettere di cambio, società e via discorrendo), e allora fa astrazione dai precedenti della persona, dalla sua vita di trafficante, e non guarda che la operazione che il suo modo di obbligarsi dimostra. Si può dire con precisione che qui lo spirito dell'uomo *dà la forma all'atto*, e desumendosi con ciò il suo carattere dall'oggetto, poco importa la forma materiale. Un pubblico rogito, una scrittura privata senza veruna dichiarazione particolare, non è meno fra i commercianti una operazione di commercio (1); il debito che vi si confessa si presume commerciale, nè fa mestieri indagare se abbia origine da un fatto di commercio.

53. A recare un po' di luce teorica sull'argomento, generalmente abbandonato alla casistica, farei alcune distinzioni.

Convenzioni espresse; obbligazioni tacite, nascenti dai fatti.

Quanto alle convenzioni ve ne ha che importano *obbligazioni reciproche determinate;* ed altre che impegnano due parti, *ma sono, rapporto all'esito loro, indeterminate.*

Rispetto alle obbligazioni tacite e dipendenti da meri fatti, che d'ordinario si risolvono nella emenda dei danni, è d'uopo distinguere fra quelle che direi *semplici e quelle che provengono dalla colpa e dal quasi-delitto.*

Infine bisogna scernere *obbligazioni da azioni;* e queste considerare nel pratico loro esercizio e in ordine all'oggetto che si propongono.

Il n° 3 dell'articolo 3 ha veramente una portata assai vasta; noi non vi daremo, secondo il nostro stile, che lo sviluppo strettamente necessario.

54. Intendo per *convenzioni espresse* quelle che risultano dalle parole (*verbis*); e in genere

---

(1) Senato di Genova, 27 agosto 1822, collezione Gervasoni, pag. 153.

Digitized by Google

dalle parole scritte, poichè quanto alle non scritte converrà dare un cenno a parte. Ma non vado sino a dire che vi debba essere espresso l'*oggetto commerciale*, perchè in verità non ci sarebbe allora questione nè motivo di discutere.

Dico adunque che tali convenzioni accennano a cause giuridiche affatto comuni e civili, e acquistano valore commerciale dalla professione dei contraenti. Vediamo alcuni di tali titoli, ma separatamente, perchè ognuno di essi ha qualche particolarità osservabile.

Mutuo. La legge lo chiama *prestito a consumazione* (articolo 1819 del Codice civile), e non fa che riprodurre l'antica nozione del mutuo. È con interesse o senza interesse: nel primo caso si hanno sempre minori ragioni per escludere la causa commerciale. È molto naturale che obblighi di questa natura siano contratti da un commerciante verso l'altro a sovvenzione del proprio commercio (1).

Invece il *prestito ad uso* (comodato) essendo *essenzialmente gratuito* (articolo 1806 del Codice civile), respinge l'idea della commercialità, e rientra nei fatti meramente civili.

La costituzione d'ipoteca che avesse luogo per garantire il mutuo, darebbe forse all'accordo un diverso carattere; e in genere la costituzione d'ipoteca non apre forse un campo di cognizioni che non può spettare al giudice di commercio?

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che tale circostanza non immuta la ragione del contratto intervenuto fra i commercianti (2). L'ipoteca è un accessorio; e non è dalla guarentigia che si desume il carattere generale dell'atto. Vero è che la ipoteca dimostra che non si è voluto correre la fiducia della persona e l'alea del credito, e pare venga meno ciò che meglio esprime il costume degli atti di commercio. Ma ponete mente alla distinzione che abbiamo premessa al principio di questo ragionamento. Non sarebbe *un atto essenzialmente commerciale:* lo è in quanto si reputa che la somma mutuata sia per ricadere in vere operazioni di commercio: in altri termini, è commerciale per la presunta destinazione della somma. Dopo questo riflesso ognuno intende che l'ipoteca come seguace e mallevadrice del mutuo, se questo si reputa a scopo commerciale, non può alterarne il carattere (3).

55. *Deposito.* Mi valgo della nozione che porge uno dei maestri del diritto commerciale (4) sull'uso dei commercianti: « Le dépôt, dans « le commerce, est une convention par laquelle « une personne se charge moyennant une ré« tribution souvent convenue, et la plus du « temps fixée par l'usage, de conserver la « chose d'autrui et de la rendre à celui qui « l'a déposée, ou à son représentant » (5).

È una specie di locazione di opere, diligenze, e cure che uno promette di prestare; e quando la cosa passi fra commerciante e commerciante, il carattere commerciale è dimostrato (6).

Non vogliamo tuttavia fare dei commercianti una gente inaccessibile agli uffici dell'amicizia; ed io penso che quando la cura del deposito non è retribuita (7), non possa considerarsi atto di commercio. È facile vedere che qui si parla del vero e proprio deposito, del *deposito regolare;* laddove l'irregolare, nel quale non si restituisce la stessa cosa, si risolve in mutuo.

Il *deposito necessario* è bene distinto nel Codice civile (art. 1864 e seg.). In generale può dirsi che il deposito necessario è quello intorno al quale non abbiamo scelta. Qui trovo un po' di confusione negli scrittori, e conviene distinguere.

Il deposito necessario può essere semplicemente un fatto, massime nel caso del citato articolo 1864. Quando nei supremi momenti d'incendio, di saccheggio, di naufragio, si è costretti di affidare a taluno ciò che si ha di più prezioso, davvero io non comprendo l'influenza della qualità di commerciante nel depositario, qualità che non ha interessato la nostra fiducia, mentre lo avremmo affidato ugualmente a qualunque altra persona che il caso ci avesse presentata meno disacconcia nella urgenza del pericolo.

Ammetto la convenzione espressa nel de-

(1) Senato di Genova, 21 marzo 1821 (MANTELLI, pag. 610); Corte di Parigi 9 aprile 1825.

(2) Corte di Parigi, 9 aprile 1823, DALLOZ, XXV, 2, pag. 174; Douai, 7 febbraio 1825, Cassazione, 12 dicembre 1838; Bruxelles, 7 maggio 1832; Bordeaux, 28 agosto 1835, Cassazione 16 luglio 1836.

(3) Si è giudicato che ai *prestiti verbali* la regola non è applicabile (Bourges, 29 marzo 1821). Questa decisione è priva di fondamento giuridico.

(4) PARDESSUS, n° 491.

(5) Il deposito può anche risultare dal fatto, e non sarebbe a giudicare diversamente.

(6) Corte suprema di Napoli, 10 marzo 1820 (ALBISSINI, III, 1, pag. 463).

(7) Malgrado il Codice civile dica — *essere essenzialmente gratuito.* — Ma abbiamo veduto che così non suole fra' commercianti; ed invero la retribuzione è delle più legittime e giuste: e solo potrà dirsi allora che deposito non è più a rigor di termini, ma locazione.

Digitized by Google

posito necessario, la quale suppone però una necessità meno urgente. L'art. 1864 ci permette questa ipotesi. Pietro, commerciante, è intimato dal governo del paese, per una causa più o meno politica, di sloggiare entro ventiquattr'ore dalla città. Egli possiede uno scrigno di pietre preziose che non può trasportare, ha diverse conoscenze fidate fra le quali può scegliere: preferisce consegnarlo ad un suo amico commerciante che s'incarica di custodire gelosamente il suo deposito, non però senza qualche compenso per le sue cure e responsabilità. Così siamo in termini di un vero contratto fra commercianti. Ho trovato una decisione rimarchevole (Corte di Lione, 14 gennaio 1841, Jordil e Bissay), nella quale si ritiene che una controversia *relativa ad un deposito necessario fra commercianti* non è di competenza del tribunale commerciale (cioè atto di commercio) se la qualità delle parti non abbia contribuito a formarlo. La Corte pronunciò una giusta decisione, ma il motivo non sembra irreprensibile.

Io credo invece che il *deposito necessario di questa specie*, se tale è, non possa giammai qualificarsi atto di commercio. La legge presume che i commercianti in ogni loro trattato non facciano che continuare il loro commercio abituale: la presunzione resiste sino al punto in cui si dimostri uno scopo, una intenzione diversa. Quando il deposito è influito dalla necessità, rimane entro questi limiti, e non trasferisce una disponibilità qualunque nell'altro commerciante; non ha veruno dei requisiti dell'atto commerciale (1).

Un'altra specie di deposito necessario è additata dalla legge civile: « Gli osti, gli albergatori, dice l'articolo 1866, sono obbligati, « come depositari, per gli effetti portati entro « i loro alberghi dal viandante che vi allog« gia; *il deposito di tali effetti deve riguar« darsi come necessario* ».

Simili fatti non si possono tradurre a regola di commercio; il *viandante*, commerciante quanto si vuole, deponendo i suoi bagagli nell'albergo, serve ad un bisogno della vita comune, subisce una necessità; ed è questa che aggrava l'obbligazione dell'oste e dell'albergatore. Ma neppure costoro si considerano commercianti in quanto prestano il fatto, la colpa, il dolo proprio o dei loro preposti (2).

56. Vi hanno convenzioni, che supponiamo di commercianti, che lasciano dubitare del loro carattere giuridico, non rappresentando una operazione determinata come fra essi si suole (n° 53), ma devono svolgersi per una serie di atti successivi e futuri, come l'amministrazione, il mandato. Si può forse arrivare alla stessa conclusione, ma vi sono degli elementi speciali da esaminare. La amministrazione quando non versi sopra materie organate dal Codice di commercio, è atto civile; e qui l'oggetto suol risultare così distinto da non sollevare gravi difficoltà. Il *mandato* ricerca qualche maggior indagine.

La giurisprudenza non può darci norme sicure.

Il mandato fra commercianti per esigere un credito commerciale è atto civile (Gran Corte di Napoli, 31 luglio 1835, Agresti, vol. VII, pag. 276).

Il mandato ad un agente d'affari per esigere crediti di commercio è atto puramente civile (Corte di Parigi, 11 aprile e 23 giugno 1864, *Journal du Palais*, pag. 102). Queste due decisioni sono molto osservabili e per essere assai recenti, e per aversi nel mandatario *un agente d'affari* (3).

Si reputa commerciale il mandato di un negoziante ad altro negoziante per la riscossione di crediti (Lione, 17 febbraio 1833). Orillard, n° 191, Nougier, pag. 311, non vedono neppure la ragione di dubitare.

I mandati, non suscettibili di accettazione, non sono di loro natura atti di commercio, ma prendono qualità di atti civili o commerciali, secondo la natura della operazione da cui hanno origine (Appello di Chambéry, 17 maggio 1851, Bettini, II, 529).

Il mandato *gratuito* che persone commercianti danno ad un terzo per amministrare i beni ad essi ceduti da' loro creditori è atto civile (Limoges, 8 dicembre 1836).

57. Come si risolvano questi dubbi?

Noi abbiamo la norma dirigente dell'articolo 3. Il mandato è un contratto come un al-

(1) Se anche sotto l'impero di circostanze urgenti può farsi una convenzione commerciale, è d'uopo che almeno la cosa sia disponibile in mano al depositario onde possa usarne commercialmente.

(2) Il contratto di *pegno* avendo avuta una speciale considerazione nel Codice (Lib. I, Tit. VIII), ne differiamo l'esame.

(3) Questa circostanza mosse l'annotatore di quelle decisioni ad osservare che l'agente d'affari ha però un'azione commercialmente esercibile a ragione dei salari dovutigli per liquidazione di negozi commerciali da lui trattata, ricordando le decisioni seguenti: Corte di Parigi 23 maggio 1857, 23 giugno 1850, Cassazione francese, 15 dicembre 1856.

Digitized by Google

tro (articolo 1737 del Codice civile); le obbligazioni che in forza di quello assumono due o più commercianti, non possono sfuggire al dominio dell'articolo 3, n° 3. Fra commercianti adunque l'atto è commerciale, *eccettochè l'atto stesso non dimostri che non ha causa commerciale*.

Mi giova ripetere la letterale riserva dell'articolo 3, perchè in essa sta forse il più grave della controversia non solo per questo, ma generalmente per gli altri affari fra commercianti, ove la causa di commercio non è specificata.

Secondo le parole dell'articolo *la causa non commerciale deve risultare dall'atto medesimo*. Questa era pure l'espressione dell'articolo 671, n° 1, del Codice sardo. Non è dunque permesso di provare con altri mezzi che la causa, non dichiarata nell'atto, e che sempre si suppone commerciale sino a prova contraria, non è punto commerciale? Per quanto la locuzione non si presti volontieri ad una estensione, e fosse stato utile modificarla nell'ultima riforma, non può affatto convenire collo spirito la interpretazione più rigorosa. Facendo applicazione di questo principio in tema di mandato, dico che la convenzione fra commercianti si reputa atto commerciale; ma può esser stabilito *ab extra* ch'essa ebbe piuttosto una causa civile. Perchè Pietro commerciante non potrebbe incaricare Paolo, altro commerciante suo amico che abita in una città più o meno lontana, di esigere colà le pigioni dei suoi inquilini, o i frutti de' suoi censi? Il mandato dirà semplicemente — a riscuotere dai suoi debitori. — Ma qual giudice vorrà respingere la prova che volesse farsi, essere quei debitori degli inquilini di case, o i coloni delle sue terre?

Il mandato rimanendo ristretto nei rapporti di mandante e mandatario, com'è della natura sua, non essendo titolo trasmissibile a terzi, più facilmente ammette dimostrazioni estranee all'atto fra le parti contraenti. Importa però sapere se l'indole commerciale del mandato si desuma dall'*attualità dell'oggetto*, o da qualche causa più remota, per cui debba rimontarsi alla intenzione che vi ha presieduto, nonostante che, col tempo, l'oggetto del mandato abbia cessato di essere commerciale.

Questo punto di vista è sfuggito alla considerazione degli scrittori.

Il mandato è principalmente costituito *mandantis gratia*, laonde la savia antichità consideravalo come atto meramente officioso dal lato del mandatario. È caso ovvio che un commerciante che affidò ad altr'uomo della sua professione un mandato indeterminato ad esiger crediti, si ritiri dal commercio, lasciando tuttavia il mandatario investito di quelle facoltà. La esecuzione del mandato avendo un corso progressivo, cambia realmente di oggetto quando il mandante cessa dal commercio. Ritenendosi che il danaro che il mandatario riscuote e passa al suo mandante debba servire ai bisogni del di lui commercio, egli è perciò che l'atto ha carattere commerciale. Quel commerciante, sazio del commercio, si è dato alla letteratura; ed io non credo che le azioni nascenti dal mandato per fatti avvenuti in questo secondo periodo della sua vita, potessero esercitarsi avanti il Tribunale di commercio in virtù dell'antica procura fatta nel tempo del suo commercio (1).

Una parola sul mandato *gratuito* da commerciante ad altro commerciante.

Sono concordi gli scrittori nel dire che il *mandato gratuito*, eziandio fra commercianti, non è atto di commercio. Difatti l'atto di commercio, desunto dalla qualità delle persone, non può concepirsi che bilaterale; se consta in realtà che uno di essi ha voluto prestare ufficio d'amico, la presunzione contraria cessa. Un'avvertenza però è necessaria. Se la prestazione gratuita non risulta dallo stesso mandato, non potrà argomentarsi dal silenzio di persone che hanno per divisa *niente per niente*. La corrispettività dell'opera non essendo esclusa dall'indole dell'atto (citato art. 1737), si ritiene che il mandatario finirà col domandare una retribuzione.

—

58. L'articolo 3, n° 3, nel modo con cui è dettato, sembra escludere l'azione commerciale che si volesse derivare da *quasi-contratto*

(1) Ho avvertito che ciò avviene in quanto la esecuzione del mandato ha tratto successivo; laonde i fatti, per mezzo dei quali si svolge, hanno esistenza, anche in ordine al tempo, distinta dallo stesso mandato. Se fosse altrimenti, se la negoziazione si potesse considerare compiuta nel momento stesso in cui fu fatta, non potrei dilungarmi dalla dottrina d'Alauzet: non venir meno la giurisdizione commerciale se « au moment où l'action est « intentée, le défendeur avait cessé d'être com« merçant, s'il s'agit d'une obligation qu'il a con« tractée lorsque il était encore dans le négoce » (*Comm.*, n° 2011).

Digitized by Google

fra commercianti; poichè, quantunque tocchi eziandio di *obbligazioni*, accenna subito dopo all'*atto*, cioè all'atto contrattuale. Nondimeno l'articolo 1140 del Codice civile ha una portata che si allarga ampiamente sulle cose commerciali. « Il quasi-contratto è un fatto volon« tario e lecito, dal quale risulta una obbliga« zione verso un terzo, o una obbligazione re« ciproca tra le parti ».

In cento modi s'impegna commercialmente in forza di semplici fatti. È noto quanto sia valente in commercio l'*azione institoria* (1), e quali effetti produca ad obbligare il preponente per i fatti di coloro che esercitano la taberna o il negozio nel nome suo, o sotto la sua direzione. Noi ne troveremo nel corso di questo esame moltiplici esempi. L'*azione esercitoria* che la giurisprudenza classica accordava contro l'armatore di una nave per gli impegni contratti dal capitano, non era d'altra natura. Simili fatti non sono propriamente che continuazione e sviluppo di una convenzione, tacita se vuolsi, ma non meno evidente di un contratto letterale, che i negozianti fanno col pubblico mediante il loro stesso esercizio; obbligazioni non inchiuse, a dir vero, nei termini dell'articolo 3, ma partono dal principio stesso d'una presunzione legale.

59. La relazione che io vengo di esporre in poche parole, non appartiene, secondo mio avviso, alla questione dei *fatti personali*, come confusamente ritengono gli scrittori (2). A questo luogo però suol esaminarsi una controversia, abbastanza interessante per essere riveduta, cioè l'*azione di restituzione d'indebito*.

Il Codice civile, non avendo trovato luogo più opportuno, rassegna quest'azione a quelle che nascono dai quasi-contratti (articolo 1145 a 1148). La legge romana la collocò fra le *condictiones*, ossia fra le azioni strettamente personali. Intorno al vedere se quest'azione sia commerciale, comunque in occasione di commercio e a carico di commerciante, fa impressione che *un fatto ingiusto*, colpito dalla legge appunto per la ingiustizia sua (posta anche di buona fede la percezione dell'indebito), possa considerarsi se non operazione di commercio, almeno una circostanza o una dipendenza di esso. Non si nega che una eccezione dedotta da errore possa involversi in una contestazione commerciale presentandosi come incidente di operazioni e conti fra commercianti; ma non si eserciterà una vera azione d'indebito, oggetto principale di un giudizio.

Per far sentire la difficoltà, l'esempio può scegliersi fra condizioni personali non dissimili. Un gruppo di danaro spedito da un negoziante ad un altro venne consegnato per errore ad un terzo (3). Io non so intendere come questo terzo, benchè commerciante, dovesse risponderne avanti ad altra giurisdizione che non sia la civile. Quale rapporto, se non accidentale e di pura occasione, fra l'errore della consegna ed il commercio che quei signori esercitano? Io convengo (e un esempio ne ho dato di sopra) che quando siffatti errori, più o meno dannosi, cadono su quegli atti od operazioni che sono mezzi ad un commercio in corso, non possa separarsene la cognizione dall'oggetto principale che si modifica per conseguenza; ma qui l'errore induce la responsabilità di un terzo estraneo al nostro commercio, il qual terzo ne risponde in virtù di un'azione definita dal Codice civile (4).

60. La regola capitale di competenza scritta nell'articolo 3, n° 3, è fondata nella convenzione fra commercianti, alla quale la legge si incarica di dare una significazione. L'obbligazione di risarcimento che nasce dal *quasi-delitto*, non ha il menomo rapporto nè per l'oggetto, nè per la qualità delle persone, col commercio: è un dovere morale figliato dalla colpa: ecco tutto. L'esame spetta alla giurisdizione civile. Ciò in generale (5), ma

(1) « Institor appellatus est ex eo quod negotio « gerendo insistat: nec multum facit, tabernæ sit « præpositus, an cuilibet aliæ negotiationi ». Leg. 3 Dig. de institoria actione.

(2) Il fatto del preposto obbliga non lui, ma il preponente, che ha dovuto prevederlo e misurarne l'effetto dal momento che lo ha incaricato della negoziazione.

(3) Questa specie fu materia di una celebre lite in Francia, la cui decisione però non c'illumina gran fatto, anche perchè non si vede seguita da altri giudicati. Un tribunale di commercio ammise la prova testimoniale; la Corte di Bordeaux annullava la sentenza, perchè il fatto avente carattere civile, non sopportava quel mezzo di prova superando le L. 150; la Cassazione rigettò il ricorso, ma per motivi di fatto (11 novembre 1835, Sirey, 1836, pag. 197; Noguier, pag. 160).

(4) Questa è l'opinione di Orillard, n° 197. Da ultimo Alauzet ha tentato di confutarla; ma non adduce alcuna ragione. Cita la decisione 11 novembre 1835, *qui pourrait être plus explicite:* nella precedente nota abbiamo avvertito che quella decisione non risolve un punto di diritto.

(5) La Corte di Lione lo annunciò nella maniera più assoluta nella sentenza 11 dicembre 1840 (Leudemi e Gassems); Corte di Parigi 10 marzo 1851; ancora la Corte di Lione nella sentenza 2 agosto

Digitized by Google

vi ha una grande limitazione, che può dirsi un altro principio pertinente all'ordine commerciale.

Non vorrei che la parola *quasi-delitto* sembrasse un po' troppo forte, e sviasse in certo modo le idee della direzione che devono avere. Ma conserviamo pure questa reminiscenza del linguaggio classico che è pure una parte dell'antica sapienza. La divisione del concetto che determina le varie applicazioni della teoria del quasi-delitto, in tema giurisdizionale, è sufficientemente tracciata negli articoli 1152 e 1153 del Codice civile. Il primo considera il fatto *diretto*, l'altro il fatto *indiretto*, il quale articolo, come può vedersi dalle sue esemplificazioni, apre la via alle dottrine che abbiamo di sopra accennate in ordine alla responsabilità dei negozianti pel fatto dei loro subalterni. *Sotto l'aspetto del danno proveniente da colpa*, noi abbiamo la regola doversi ritenere la cognizione commerciale ogni volta che il fatto colposo si avvera nell'esercizio del commercio e in ordine ai subbietti dello stesso esercizio (1). Se le merci sono danneggiate per incuria dei commissionari passando per le loro mani; se il vetturale, mescolando alle merci che gli furono consegnate per trasporto, materie di contrabbando, ci costa la perdita delle nostre merci medesime (2); se l'avaria della nave proviene dalla colpa del capitano, e in mille cose consimili, la giurisdizione commerciale è evidente (3).

Articolo 4.

I minori emancipati sì maschi come femmine, per potere esercitare il commercio ed essere riputati maggiori quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio, devono essere autorizzati dal genitore emancipante con atto da seguire davanti il pretore, e se furono emancipati dal Consiglio di famiglia o di tutela, devono essere autorizzati con deliberazione dello stesso Consiglio omologata dal tribunale civile in conformità dell'articolo 319 del Codice civile.

Gli atti di emancipazione e d'autorizzazione saranno registrati nella cancelleria ed affissi nella sala del tribunale di commercio del luogo in cui il minore intende di stabilire la sua residenza, e vi rimarranno affissi durante un anno.

Prima della registrazione ed affissione il minore non può imprendere l'esercizio del commercio.

Articolo 5.

La disposizione dell'articolo precedente è applicabile ai minori anche non commercianti, riguardo ai fatti che sono dichiarati atti di commercio dall'art. 2.

Articolo 6.

I minori commercianti possono ipotecare i loro beni immobili.

Non possono alienarli, se non osservando le formalità stabilite dall'art. 319 del Codice civile.

61. *Gli atti di emancipazione e di autorizzazione al commercio devono essere distinti.*
62. *L'età del minore è sempre quella dei diciott'anni compiti.*

1835 (*Cour du Palais*, II, p. 607), di cui mi piace ripetere le parole riguardanti la massima: « Il est « de principe que le commerçant, qui dans l'exer- « cice de ses fonctions commerciales *commet un* « *fait qui n'est pas commerciale, ou qui n'est pas la* « *conséquence directe et nécessaire d'un fait commer-* « *cial*, doit pour ce fait ordinaire être renvoyé aux « tribunaux ordinaires ». Ma è difficile costruire la scienza sulle decisioni.

(1) Pochi giorni sono la nostra Cassazione ha riprovato una proposizione contraria nella causa Porro-Lavelli (25 marzo 1868, relazione Gervasoni).

(2) Specie decisa dalla Corte di Montpellier (12 luglio 1828, SIREY, pag. 210).

(3) Mi sono permesso di anticipare sulla materia speciale alla competenza: lo stesso Codice ha dovuto farlo alterando lodevolmente l'antica redazione. Non mi parve mal fatto ravvicinare le idee, delineando fino ad un certo punto una teoria.

Digitized by Google

63. *Non è una regola indeclinabile quella che dichiara doversi concedere l'autorizzazione dal genitore emancipante.*
64. *La madre vedova, passata a seconde nozze e privata dell'amministrazione, mantiene questa podestà.*
65. *Questioni nel caso di assenza presunta o dichiarata del padre.*
66. *Il padre non può autorizzare al commercio il figlio minore all'unico scopo di far contratto con esso lui.*
67. *Osservazioni sull'articolo* 5.
68. *Dei figli di famiglia. Soppressione dell'articolo* 5 *del precedente Codice sardo.*
69. *Il minore commerciante può ipotecare, non alienare, gli immobili neppure per i bisogni del proprio commercio.*
70. *Se il minore commerciante porti per la qualità sua la presunzione di commercialità negli atti nei quali la causa commerciale non è espressa.*

---

61. Due atti richiede l'articolo 4: l'emancipazione e l'autorizzazione del minore. Io credo che questi due atti debbano essere separati e distinti. La legge difatti comincia dal parlare di *minori emancipati*. Più oltre avvisa all'emancipazione concessa dal Consiglio di famiglia; indi ad una successiva deliberazione autorizzante il minore a commerciare. Ordinando la registrazione, continua ad indicare gli atti col numero plurale. Parmi anche vedere la ragione della legge in quella maturità di consiglio che permette la distanza da un atto all'altro. Un altro motivo finalmente. Deve precedere la emancipazione generale. Non se ne premette una speciale e solo relativa al commercio. Fu questa un'avvertenza di CAMBACERES che venne adottata (1).

62. L'età dovrà essere almeno di anni diciotto compiti, poichè solo a questa età possono venire emancipati i minori (articolo 311 del Codice civile). Nel Codice di commercio francese si ebbe bisogno di dichiararla, poichè cogli anni quindici il minore è maturo alla emancipazione (art. 477).

63. La facoltà di autorizzare sussegue e corrisponde a quella dell'emancipare. L'articolo 4 dice: « Devono essere autorizzati (i minori) dal *genitore emancipante;* dal Consiglio di famiglia o di tutela (2), se da essi furono emancipati ». Niun'altra più competente e meglio ordinata che quest'autorità famigliare. È cosa di gran momento acconsentire ad un giovine di diciott'anni una sì pericolosa libertà. Ma essa fu preparata dalla emancipazione: prima esperienza del prematuro suo senno; chi l'accordò dev'esserne contento, deve essersi persuaso ch'egli non abuserà di una libertà anche maggiore: è un calcolo di prudenza che onora il legislatore. Vero è che qualche volta sarà reso inutile dalla forza delle cose. Se il genitore emancipante è morto, o caduto in quella condizione nella quale non avrebbe potuto eseguire quell'atto eminente della patria podestà, il diritto di autorizzare spetterà all'altro coniuge: e in mancanza di amendue al Consiglio di famiglia o di tutela.

64. L'articolo 4 ricordandosi di essere una disposizione del Codice di commercio, sta come a dire sul largo; e tacitamente ci rinvia al Codice civile per sapere a quale dei genitori spetti di preferenza questo diritto; l'art. 311 c'insegna esser *quello che esercita la patria podestà;* il padre adunque primieramente.

Si è dubitato se la madre che dopo la morte del marito è passata a seconde nozze, ed è stata privata dell'amministrazione dei beni del figlio, abbia facoltà di accordare al figlio minore quest'autorizzazione, o devolva ai poteri del Consiglio di famiglia. Ma permanendo nella madre la patria podestà, com'essa può emancipare il figlio (il che non si nega neppure dai contrari), può autorizzarlo al commercio; amendue codeste podestà derivando dalla stessa fonte (3).

65. Nel caso d'impossibilità o d'impedimento assoluto dal lato del padre, la madre esercita questa podestà; ma si trova materia di questione allorchè l'ostacolo sia meno decisivo.

La nuova redazione dell'articolo 4 ha fatto parsimonia di parole in confronto delle pre-

---

(1) Procès verbal, 4 novembre 1806, LOCRÉ, t. XVI, pag. 428.

(2) Possono vedersi le mie osservazioni all'articolo 812 e seg. del Codice di procedura civile annotato (Tipi dell'Unione Tipografico Editrice Torinese).

(3) DALLOZ, *Répertoire*, vo *Commerçant*, no 156; ALAUZET, *Comment.*, no 26.

Digitized by Google

cedenti. L'art. 2 del francese scrive: « ... S'il « n'a été autorisé par son père ou par sa mère « *en cas de décès, interdiction ou absence du « père* ». Il Codice sardo del 1842 autorizzava invece il Consiglio di famiglia « nel caso di « emancipazione per sentenza, ovvero di morte « del padre, o di sospensione dell'esercizio « della medesima ».

Gli scrittori francesi possono disputare se l'assenza del padre, a condizione dell'esercizio materno, debba essere *dichiarata:* ma il silenzio del Codice nostro c'impone anzitutto di esaminare se l'assenza del padre fornisca alla madre legittimo diritto di autorizzare il figlio minore in vece sua. Noi dobbiamo ricorrere alla legge civile.

La maternità ha ricevuto un nuovo omaggio dal Codice civile italiano; la civiltà si accosta di mano in mano agli ordini di natura, secondo la quale misura l'autorità e il grado nella più naturale delle società, che è quella della famiglia. I Codici sorti dalle ristaurazioni, rispettando la madre, la lasciavano un po' in disparte negli affari, per non democratizzare la famiglia; perciò nel Codice di commercio albertino dal padre impedito o mancato passiamo al Consiglio di famiglia. Peraltro era sufficientemente indicato che fra i casi della *sospensione dell'esercizio della patria podestà* eravi l'assenza (presunta) (1). Quando poi l'*assenza era dichiarata*, la patria podestà cessava. Modificando i principii, il Codice civile moderno ha portato qualche variazione.

Sull'esercizio suppletivo della patria podestà si esprime colla maggiore semplicità nell'articolo 220: « Durante il matrimonio tale « podestà (patria) è esercitata dal padre, *e se « egli non potrà esercitarla, dalla madre.* — « Sciolto il matrimonio, la patria podestà viene « esercitata dal genitore superstite ».

Bisogna tuttavia ridurre a legalità quella dizione — *s'egli non potrà esercitarla.* — O parliamo di quell'autorità morale la cui protezione è immanente sul capo del figlio, veglia sul suo benessere e provvede ai suoi bisogni, la madre che ha l'abito della patria podestà, la traduce in atto ad ogni eventualità di impedimento dal lato del padre. Ma ciò deve intendersi degli atti ordinari e più comuni della vita. L'assenza momentanea, o la semplice lontananza del padre, fa alla madre non solo un diritto, ma un dovere di questa protezione. Non così per gli atti più importanti, per quelli che decidono dello stato del figlio, quali il matrimonio, l'emancipazione, l'autorizzazione di professare il commercio. È d'uopo stabilire che la patria podestà è cessata (2). Ora noi troviamo l'articolo 241 del Codice civile in questi termini: « Se amendue i geni« tori sono morti, *dichiarati assenti*, o sono in« corsi per effetto di condanna penale nella « *perdita della patria podestà*, si apre la tu« tela ».

È d'uopo adunque che l'assenza del padre sia *dichiarata* (3), affinchè la madre o, in mancanza di lei, il Consiglio di famiglia e tutela, possa validamente autorizzare il minore ad esercitare il commercio.

E ciò sarebbe, secondo il rigor dei principii, nei casi ordinari e nell'apparente spontaneità della concessione. Ma può presentarsi la urgenza. Il minore che fu già emancipato dal padre, ora in presunzione d'assenza, acquista la eredità di un commerciante, le cui intraprese sono prospere, e non potrebbero troncarsi senza grave danno. Il minore, erede, ha dell'esperienza, delle cognizioni sufficienti: il suo interesse esige di abilitarlo agli affari. Noi sappiamo che un ben lungo termine deve trascorrere prima che l'assenza possa dichiararsi. Allora ci rammenteremo dell'articolo 220 del Codice civile, e della facile espressione usata dal legislatore. La madre dovrà far constare al magistrato il caso d'urgenza. Dovrà intervenire il pubblico Ministero (4); il magistrato si occuperà di tutte le circostanze, ed emetterà una vera decisione in Camera di consiglio.

Sorge per altro un dubbio grave in ordine alla nostra procedura. *L'atto con cui il genitore emancipante autorizza il minore, deve seguire davanti il pretore* (art. 4), per le quali parole la giurisdizione di questo magistrato sembra indeclinabile. È il caso semplice. Ma qui occorre non solo di approvare l'atto in se stesso, ma altresì di riconoscere nella madre l'esercizio di una podestà che per legge spetta di preferenza al padre. Dee verificarsi almeno un'assenza di lui più che momentanea, quell'assenza che chiamasi *presunta*, fondata sopra un complesso di notizie negative (articolo 20 del Codice civile).

Io farei una distinzione. O il tribunale ci-

(1) L'articolo 2 del Codice di commercio faceva richiamo dell'articolo 237 del Codice civile.

(2) Ciò vale ugualmente rispetto alla madre, onde il Consiglio di famiglia possa esercitarne suppletivamente i diritti.

(3) Secondo gli articoli 22 e seguenti del Codice civile.

(4) Verificandosi le ipotesi dell'articolo 780 del Codice di procedura civile.

Digitized by Google

vile ha pronunciato sull'assenza ai termini dell'articolo 21 del detto Codice, il pretore avrà una norma autorevole a cui conformarsi; *causa cognita*, darà corso all'atto. O neppure l'assenza presunta ebbe la sanzione del tribunale civile, il pretore dovrà astenersi; rimetterà le parti a provvedersi avanti ad esso onde pronunci sull'assenza. Egli eccederebbe altrimenti la propria funzione; verrebbe a ferire incompetentemente i diritti dell'autorità paterna (1).

66. Vi dev'essere una questione più o meno grave quando è sembrata tale ad un autore come Bédarride. *Può il padre autorizzare il figlio minore a fare con esso lui una operazione di commercio?*

La questione fu portata ai tribunali e decisa in senso contrario (Douai, 21 giugno 1827). Questa Corte osservò, che l'autorizzazione non può emanare dal padre se non quale rappresentante del figlio; e in tal guisa egli non farebbe che contrattare con se medesimo. Cosa si può rispondere ad una ragione cotanto evidente? Dice quell'illustre scrittore (2) che la legge non ha potuto supporre che il padre voglia trarre in inganno il proprio figliuolo; che tale supposizione sarebbe immorale. Guardate dove si va a porre la moralità! Io invece trovo l'immoralità nel defraudare la legge; la trovo nel suggerimento di un interesse troppo personale; forse contrario a quello del figlio.

Veggo piuttosto il motivo di dubitare in un punto che a Bédarride è sfuggito. Il figlio, che supponiamo già emancipato, non era più soggetto alla patria podestà, quasi avesse già raggiunta l'età maggiore (3). Sembra potersene dedurre che il figlio possa considerarsi come una personalità propria.

Non è da oggi la distinzione fra patria potestà *sensu lato et sensu stricto;* quella comprendere l'insieme dei diritti che appartengono ai genitori sulle persone e sui beni dei figli, questa soltanto l'*autorità* (4). Colla emancipazione il figlio si sottrae alla disciplina, per così dire, domestica dei genitori; ma altre appendici restano della patria podestà; fra i quali diritti vi ha quello espressamente riservato di potere autorizzare il figlio minore al commercio. Con ciò si dimostra, che il figlio minore non ha acquistato una vera suità coll'emancipazione in guisa che non debba attingere ancora dalla rappresentanza paterna la facoltà di esercitare il commercio.

67. Il minore è protetto contro la propria inesperienza dall'articolo 5. Le sue obbligazioni, qualunque siano, presumendolo di già emancipato, non sono mai portate alla giurisdizione commerciale ond'egli abbia a subirne le gravi conseguenze, ove non sia stato autorizzato in conformità dell'articolo 4 (5).

68. Mi resta a dire una parola circa la soppressione dell'articolo 5 del Codice sardo.

Quest'articolo non aveva più ragione di esistere dopo il nuovo Codice civile. Seguendo le tradizioni del diritto romano, il Codice civile albertino avea consacrato un lungo capitolo (Libro III, Tit. XIII, Capo II, Sezione X), *Sul mutuo dei figli di famiglia.* Quel titolo è caduto. Posto che il figlio di famiglia sia maggiore, non gli doveva essere imposta una restrizione; che, se può giovare talvolta al suo interesse, offende la libertà di tutti gli altri.

69. Il legislatore non dimentica che il minore è commerciante per eccezione e in virtù di una concessione che può ben tornargli funesta. Coerente a se stesso, gli permette di ipotecare i *suoi beni immobili*, perchè la concessione dev'essere piena ed efficace, perchè non dev'essere fomite d'inganno ad alcuno; tuttavia una ragione dev'esserci stata per doverlo dire. La ragione è questa: che la facoltà di commerciare non costituisce il minore a tutti gli effetti maggiore; lo abilita al commercio in generale, o piuttosto a un ramo speciale di commercio, secondo i termini della concessione; ma in tutto questo non si comprende la facoltà d'ipotecare gli immobili (6), esclusa pur anco dall'atto di emancipazione. Veramente l'ipoteca è, come dicono, un'alienazione in largo senso; e a rigore di logica chi ipoteca il suo fondo per un debito, l'offre di già alla giustizia onde sia venduto mancando alla soddisfazione del debito. Vorrebbe forse la legge porre in mezzo degli ostacoli a

(1) Sulla formalità della pubblicazione, vedi il nostro num: 72.

(2) *Commentaire du Code de commerce*, num. 90. Contro Alauzet, nº 28.

(3) Articolo 220, al nº 1 del Codice civile. Invece un autore rinomato non ha dubitato di asserire: « L'émancipation n'a pas par effet de dissoudre les « liens de la puissance paternelle qui *restent in- « tactes après cet acte;* elle n'a pour but que d'éten- « dre la capacité du mineur quant aux biens ». Alauzet, *Comment.*, nº 26.

(4) Discussione avanti il Consiglio di Stato, ed esposizione dei motivi di Real (Locré, t. VII).

(5) Corrisponde all'articolo 3 del Codice di commercio francese. Osservazioni del Tribunato (Locré, t. XVII, pag. 300).

(6) Neppure s'intende in relazione e pei bisogni del proprio commercio.

Digitized by Google

delle restrizioni? Permette bensì d'ipotecare, ma quando siamo all'atto che il fondo ipotecato dovrà esser venduto, forse la legge getta, per così dire, il bastone in mezzo al campo; sospende la persecuzione del debitore; e se ne rimette *de plano* al Consiglio di famiglia perchè decida il da farsi? In altri termini il creditore non potrà procedere alla spropriazione forzata del debitore? È così che dovrà intendersi la seconda parte dell'articolo 6?

Diciamo francamente di no. È facile vedere che la sua disposizione tornerebbe illusoria. La seconda parte dell'articolo entra in un ordine d'idee affatto diverso. Esso parla semplicemente del contratto d'alienazione, e propriamente di *vendita:* il solo che può figurarsi conseguente da debiti commerciali che si ha in animo di soddisfare in tal guisa.

Volendo adunque il minore commerciante alienare l'immobile, il Consiglio di famiglia o tutela rientra nel suo pieno diritto; può non approvare il contratto; o il tribunale può non omologare la sua deliberazione affermativa: ciò è perfettamente consono all'articolo 319 del Codice civile.

Potrà parere una contraddizione, permettere la ipoteca e non l'alienazione, quasichè l'ipoteca non sia essa medesima un'alienazione *lato sensu*, e chi ha ipotecato l'immobile non sia poi tenuto a lasciarlo vendere, non soddisfacendo all'obbligo per cui ha prestata quella cauzione.

La legge può esser difesa, ma ha d'uopo di spiegazione. L'ipoteca non poteva inibirsi senza sconvolgere quell'ordine di garanzie che la legge assicura ad ogni creditore legittimo. La ipoteca non solo si accorda, ma si subisce come una necessità del debitore. Condannato per sentenza, s'iscrive sopra i suoi immobili l'ipoteca giudiziale; questo diritto non può essere interdetto ai terzi; esso consegue immediatamente dalla facoltà di obbligarsi concessa al minore commerciante. Nessun dubbio se per *alienazione* s'intende la spropriazione forzata. Il minore commerciante non può evitarla dopo la condanna fondata nella validità dell'ipoteca.

Noi supponiamo invece una dazione d'ipoteca volontaria. È della natura di ogni cauzione lasciare un intervallo più o meno prolungato prima che si faccia luogo ad effettuarla; e quindi alla opposizione e alla difesa. Se il debito per cui si è data l'ipoteca non è commerciale, o se commerciale, non appartiene a quella specie di commercio per cui il minore è stato autorizzato (1), l'ipoteca potrà impugnarsi, annullarsi. Prima di venire alla vendita e alle sue disastrose conseguenze vi è tempo a provvedere, nè fu ultimo riflesso dei legislatori che inaugurarono un tale sistema (2).

Insomma la ipoteca *convenzionale* che il terzo iscrive a sua cautela, rimane problematica in questo senso, che volendosi in seguito di quella procedere alla alienazione, il Consiglio di famiglia può o permetterla o negarla, secondo che la ipoteca si riconosca valevole, e l'alienazione necessaria. È manifesto che, anche in questo caso, il creditore può rivolgersi alla giustizia dei tribunali, e metter fuori d'applicazione l'articolo 319.

Se parliamo finalmente di alienazione volontaria, non coatta da precedente ipoteca, è affatto semplice che l'alienazione debba essere autorizzata nelle forme consuete ai beni dei minori.

Il nostro articolo non richiama che il 319 del Codice civile, ma è chiaro che considerandosi l'autorizzato tuttavia minore a questo effetto, il Consiglio di famiglia o di tutela ha ben anco la facoltà di ordinare la vendita dei beni secondo le prescrizioni della procedura civile (articoli 825 e seguenti).

70. Se le obbligazioni del minore, divenuto commerciante nel senso più esteso della parola, abbiano a ritenersi commerciali per la presunzione scritta nel n° 3 dell'articolo 3, è ora da osservarsi a conclusione di questo commento.

La capacità del minore si restringe agli impegni del suo commercio. « Il ne s'ensuit pas « qu'il soit obligé d'exprimer dans le contract « la cause par laquelle il hypothèque ses immeubles: ce sera au créancier à prouver « qu'ils l'ont été pour frais de commerce; et « certes le créancier aura soin de se ménager « cette preuve, en prenant les précautions né-

(1) È importante l'osservare, come di volo notai, che *l'autorizzazione può essere parziale*: per esempio, *ad operazioni di banca o senseria* o *ad una impresa di fabbriche e costruzioni*. Il minore non s'intenderà autorizzato a una *impresa di assicurazioni marittime* o ad altra. Per ogni ramo ha facoltà di adoperare quei mezzi che sono istrumento generale al commercio, come le cambiali, i biglietti all'ordine, ecc. Vedi altre osservazioni su questo punto al numero seguente.

(2) Assai lunga fu la discussione avanti il Consiglio di Stato in Francia su questo punto, onde nacque l'articolo 3 del Codice di commercio francese (Locré, t. XVII, p. 142).

Digitized by Google

« cessaires pour établir l'origine de sa créance » (CAMBACÉRÈS, *Procès verbal*, 26 novembre 1806).

Tutte le obbligazioni del maggiore sono valide; acquistando colore commerciale anche a quegli atti nei quali la causa commerciale non è espressamente dichiarata, la presunzione cade *non sul diritto della obbligazione e sulla capacità, ma semplicemente sulla qualità e sugli effetti della giurisdizione.* Ecco la grande e radicale differenza. Qui invece sarebbe questione di capacità. Del resto può seguirsi con sicurezza la teoria del PARDESSUS. « *Lorsque la cause de l'engagement n'est pas exprimée, on ne doit présumer de plein droit que l'engagement est commercial.* La seule exception à cette règle serait le cas où l'engagement aurait une forme essentiellement commerciale, tels que sont les billets à ordre, lettres de change, etc. »

Ma rapporto a simili titoli essenzialmente commerciali, sarà il minore ammesso a provare che l'oggetto che si propose in queste operazioni non era riferibile al suo commercio?

Le decisioni sono affermative (1): ma convien distinguer bene.

Rispetto ai terzi non può ammettersi veruna restrizione contraria alle regole ordinarie del commercio.

Se il titolo è una vera cambiale traiettizia, non ammette eccezioni personali e dimostrazioni di causalità desunte dall'oggetto della negoziazione; in altri termini, una discussione d'incapacità in materia cambiaria a favore di colui che è qualificato commerciante (2). Quando la causa commerciale non fosse espressa, non farei luogo alla prova contraria che *rapporto ai biglietti all'ordine.*

Articolo 7.

La donna maritata non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito.

Si presume il consenso del marito quando l'esercizio della professione di commerciante sia pubblico o notorio, salvo che il marito ne avesse fatta espressa dichiarazione contraria da registrarsi nella cancelleria e da essere e rimanere affissa nella sala del tribunale di commercio.

Nei casi espressi nel numero 1 dell'articolo 135 del Codice civile, la moglie per essere commerciante deve ottenere l'autorizzazione del tribunale. Deve ottenerla anche la moglie legalmente separata, se il marito ricusi di darle il consenso, sentito in questo caso il marito, come è disposto dall'articolo 136 dello stesso Codice civile.

Articolo 8.

La moglie commerciante può senz'altra autorizzazione del marito stare in giudizio e contrarre obbligazioni per tutto ciò che concerne il suo commercio, e in tale caso, se essa è in comunione di beni col marito secondo il disposto dal Codice civile, obbliga eziandio il marito ristrettamente agli utili della comunione.

Essa non è riputata commerciante, se vende al minuto le merci del traffico del marito, ma soltanto quando esercita un commercio separato.

Articolo 9.

La moglie commerciante può senza autorizzazione del marito dare a pegno, ipotecare ed alienare i suoi beni immobili, salvo quanto alla moglie che sia minore il disposto dall'articolo 6.

---

(1) Cassazione francese, 20 gennaio 1836: Corte di Bordeaux, 19 aprile 1836; Metz, 22 marzo 1839.

(2) Perciò è da riprovarsi la teoria d'ALAUZET, *Comment.*, n° 53: « La forme commerciale donnée à l'engagement contracté par le mineur n'*établit encore toutefois qu'une présumption* qui céderait *évidemment* à la preuve contraire ».

Digitized by Google

Tuttavia i beni dotali non possono essere ipotecati nè alienati, fuorchè nei casi e nelle forme determinate dal Codice civile.

71. *Dell'autorizzazione della donna maritata, e del consenso del marito.*
72. *Della formalità della pubblicazione e dei suoi effetti giuridici.*
73. *Commerciando la donna maritata col consenso del marito, quale sia la responsabilità di lui essendosi contratto il matrimonio sotto il sistema della comunione.*
74. *Quale, non esistendo la comunione?*
75. *Quali i diritti del marito e la sua responsabilità, se fu dalla sposa già commerciante costituito in dote lo stesso esercizio commerciale?*
75bis. *Il marito può esser obbligato per lettera di cambio sottoscritta dalla moglie che lo rappresenta abitualmente nel di lui commercio.*

---

71. Queste disposizioni sono nello stesso spirito delle precedenti rapporto ai minori. Sono leggi protettrici; il commercio è qualche cosa di serio e fa paura agli uomini più esperti: le donne maritate non possono rovinarsi impunemente riguardo alla famiglia; quindi all'effetto di obbligarsi commercialmente è condizione primaria il consenso del marito o l'autorizzazione del tribunale.

Per l'articolo 135, n° 1, del Codice civile « l'autorizzazione del marito non è necessa« ria — quando egli sia minore, interdetto, « assente o condannato a più di un anno di « carcere durante l'espiazione della pena ». A che non è necessaria l'autorizzazione? A tutto quel complesso di operazioni autonome descritto nell'articolo 134; ma per intendere al commercio è d'uopo in tutti quei casi l'autorizzazione del tribunale.

L'articolo 7, part. 2ª, nella sua esattezza, traccia la differenza del rito. Nel caso dell'articolo 135 il ricorso è fatto al presidente del tribunale; il marito però non è invitato: non ha voce; e, per dir così, non c'entra. Vero è che il marito, condannato a pena qualunque, non ha perduta la facoltà della intelligenza; ma la privazione del diritto deve considerarsi come una pena inerente. Occorre tuttavia una sentenza formale secondo la prescrizione dell'art. 801 del Codice di procedura civile? Io non credo: è quello un vero giudizio contraddittorio che ammette anche l'appello. La regola da seguirsi è quella stabilita nell'articolo 778, ecc., salvo il sapere se sia necessario l'intervento del pubblico Ministero.

In generale l'intervento del pubblico Ministero è una funzione determinata dalla legge, e non si crede necessaria fuorchè nei casi espressi. Ogni volta che si presentano vere questioni matrimoniali (articolo 346, n° 4, della procedura civile), il pubblico Ministero è là per dire la sua parola: la sua parola piena d'autorità e di senno. Qui tace l'autorità del marito per impotenza o pena; ed è lo stesso tribunale che la funge e la rappresenta. Altro sarebbe nella contingenza dell'articolo 136 del Codice civile. Il giudizio allora assume la forma segnalata nel detto articolo 801 e seguenti (1).

72. Parlando dell'atto di autorizzazione del minore, la legge ne ordinò nei termini più formali la registrazione o pubblicazione (n° 4). Nulla di simile fra quegli ordinamenti che riguardano la donna maritata. A che servirebbe questa formalità? Quali le conseguenze della inosservanza? Vediamolo nel caso ov'è imperiosamente comandata, rapporto al minore.

A niuno sfugge che la pubblicazione di un atto che accorda delle facoltà che non si hanno, deve avere effetto inverso da quello che priva di tutte o di alcune delle facoltà che si hanno. In questa condizione sono gl'interdetti e gli inabilitati. La pubblicazione è un monito al pubblico onde ognuno si guardi dal contrattare coll'interdetto, pena la nullità: specie di scomunica dalla società degli uomini capaci. Il difetto di pubblicità favorisce la buona fede dei terzi e rende inutile la interdizione. Se l'atto che abilita il minore al commercio non è fatto conoscere al pubblico, egli farà ben pochi affari; i suoi corrispondenti saranno molto scarsi, perchè si sa che è un minore. La pubblicazione è dunque nell'interesse del suo commercio; ma negli affari che si saranno tuttavia verificati fra lui e i terzi, il difetto non produrrà conseguenze giuridiche. Il minore

(1) Nel commento a questi articoli io determinai quando il tribunale possa accordare l'autorizzazione malgrado il dissenso del marito (Codice di procedura civile annotato).

Digitized by Google

commerciante che fosse arrivato sino al fallimento, non potrebbe allegarlo quando cognizioni d'altronde ricevute, o le sue abitudini già note al pubblico, confermarono l'opinione della sua qualità di commerciante, che del resto era conforme al vero. Nè quel difetto potrebbero allegare i terzi che supponiamo aver trattato commercialmente.

Se la pubblicazione è nell'interesse del commercio del minore, s'intende, che la legge deve averla ordinata affinchè vi siano delle persone responsabili del danno che potrà venirgli dal difetto di pubblicità: l'obbligo ne incombe principalmente, io credo, al curatore. La donna maritata, non minore, è già fornita di capacità naturale; soltanto la sua capacità civile è imperfetta. Essa non ha rappresentante responsabile; non le sarà per certo impedito di far noto al pubblico in tutte le guise che sono permesse, di esser libera esercente il commercio; la legge non doveva farne un precetto, nè imporlo come una formalità dell'autorizzazione.

73. La comunione legale dei coniugi che ha avuto sempre poca simpatia in Italia, è stata anche limitata, come tutti sanno, nei nostri Codici civili. Nondimeno abbiamo tanto della comunione legale quanto basta a interessare il marito nell'esercizio commerciale della moglie ad effetti molto notevoli.

Ci sia permesso ricapitolare alcune delle disposizioni relative del Codice civile.

Presso noi non vi è altra comunione universale dei coniugi che *quella degli utili* (articolo 1433 del Codice civile. Intendiamo per utili della comunione « gli acquisti fatti dai « coniugi unitamente o separatamente durante « la comunione, siano derivati dalla indu- « stria comune o da risparmi fatti sui frutti o « sulle entrate dei coniugi, detratti però sem- « pre i debiti della stessa comunione » (articolo 1436). Il marito è l'amministratore di diritto dei beni della comunione (articolo 1438). I proventi del commercio della moglie, come d'altra parte quelli del marito, entrano dunque di piena ragione nella comunione. Ne segue una responsabilità nel marito; un diritto nei creditori commerciali della moglie di estendere le loro azioni sui beni della comunione. L'articolo 8 li chiama *utili*, armonizzando col linguaggio del Codice civile; ma abbiamo veduto che questi utili si trasformano in beni sostanziali ed effettivi, o mobili o immobili.

Io non saprei dire se siano veramente serie le questioni che si disputano fra gli scrittori francesi intorno ai diritti che possono venire in conflitto fra i creditori del marito e quelli della moglie commerciante; intorno alla prevalenza che alcuno pensa doversi concedere ai secondi sui beni della comunione a pregiudizio dei primi (1). Vero è che l'articolo 5 del Codice di commercio francese non è così temperato nell'espressione come il nostro. « Elle « (la femme marchande) oblige aussi son mari, « s'il y a communauté entre eux ». La metà dei beni della comunione è della moglie; il marito ne risponde quale amministratore; ma la sua responsabilità è ristretta alla concorrente dei beni.

Supponendo la separazione di persone e di beni, è già indicato ai creditori della moglie commerciante il patrimonio ch'essi possono colpire.

74. Esclusa la comunione e durante la società coniugale, è nell'ordine naturale della famiglia che la moglie venga versando al marito, e in vantaggio della stessa famiglia, i lucri della sua negoziazione; e allora nasce un'altra questione circa la responsabilità del marito qualora gli affari vadano a traverso, o anche la moglie cada in fallimento. Un buon numero di scrittori riputati è nella sentenza che il marito sia tenuto totalmente ai debiti della moglie (2). Altri pensano in opposto, niuna azione competere ai creditori della moglie commerciante contro il marito se non quanto egli abbia ricevuto delle somme derivanti da quel commercio, e sino alla concorrenza delle somme percette (3). Opinione che anche al Dalloz sembra preferibile; ma una difficoltà di fatto lo arresta: come mai potranno provarsi le somministrazioni e i versamenti in famiglia? (4). Ad altri, Alauzet, la difficoltà sembra di lieve conto, perchè ci sono i libri ad attestare i guadagni del commercio e le spese fatte in famiglia. Che se poi il marito influisse onde i libri non si tenessero regolarmente, e la verità non apparisse, il marito sarà tenuto ad ogni debito della moglie.

Questa seconda opinione, che più si appros-

(1) Molinier, tom. i, n° 183; Paris, t. i, n° 436; Bédarride, *Comm.*, n° 137; Alauzet, *Comm.*, n° 44.

(2) Delvincourt, *Droit commercial*, t. ii, pag. 6; Duranton t. xv, n° 250 e 295; Orillard, n° 172; Paris, n° 452; Bédarride, n° 153.

(3) Pardessus, n° 68; Molinier, n° 183; Massé, tom. iii n° 483; Toullier, t. xii, n° 251; Bravard, pag. 19. Alauzet, *Comment.*, n° 48.

(4) *Répertoire*, v° *Commerçant*, n° 219.

sima al vero, è fondata nella regolare tenuta dei libri, o nell'abuso di autorità di cui si rese colpevole il marito coll'impedirla: nel primo caso la responsabilità del marito, se esiste, può esser proporzionata alle percezioni; nell'altro è illimitata, derivando dal proprio fatto doloso. Ma può anche immaginarsi che niuna di queste cose si verifichi. E allora sarebbe della più intollerabile ingiustizia ripetere dal marito la restituzione di vantaggi che non si prova avere conseguiti. È probabile che trascorrendo il commercio nel suo periodo d'angustia e di rovina, nulla più sia stato versato in famiglia, e piuttosto la moglie commerciante abbia potuto attingervi qualche forza per prolungare la sua agonia. La prudente estimativa del magistrato, togliendo dalle qualità dei fatti e delle circostanze, ne sarà il miglior giudice.

Un altro elemento di non lieve considerazione accresce la difficoltà. La moglie deve soccorrere al marito, la madre ai propri figli, specialmente se il primo sia povero e nel bisogno. Chi farà colpa al marito se ha ricevuto dei sussidi per sostenere la famiglia, forse lui stesso nella infermità, mentre la donna non fece che il suo dovere? Evidentemente in un giudizio di fallimento saranno considerate spese di famiglia.

75. Sotto il reggime dotale la cosa dovrà vedersi sotto altro aspetto.

« La costituzione della dote, dice l'art. 1389 « del Codice civile, può comprendere, o in « tutto o in parte, tanto i beni presenti quanto « i beni futuri della donna, oppure un oggetto « determinato ». Un negozio, un fondaco, uno stabilimento commerciale può dunque far parte della dote, o essere la intera dote. Supponiamo che la donna non sia commerciante essa stessa, ma figlia di un commerciante, dal quale ha testè ereditata quella sostanza. Cessato già il commercio, non resterà che farne la liquidazione; si raccoglierà l'attivo; si venderanno le macchine; del prezzo si formerà un capitale fruttifero o in terreni o in rendite; gl'interessi che ne conseguitano saranno i frutti della dote. Tutto ciò è affatto semplice. Ma invece la donna è commerciante e continua personalmente il commercio. Quali mai saranno i frutti d'una dote che consiste in un esercizio commerciale?

Se gli affari vanno prosperi, se il commercio si mantiene attivo, non ne verrà per altro la conseguenza che i lucri della negoziazione abbiano a considerarsi come veri e proprii frutti dotali, e perciò ricadano di diritto al marito per sostenere i pesi della famiglia. È una condizione di cose che può dirsi anomala, non preveduta letteralmente dal Codice civile, e governata da principii di diverso ordine, che convien conciliare. Intanto è cosa indubitata, ed ammessa da tutti gli autori, che il marito, estraneo al commercio, non ha l'amministrazione dei fondi commerciali se la moglie opera da sè; molto meno se fa parte di società che si regolano coi proprii statuti e colla legge generale del commercio. I vantaggi dell'industria e del lavoro personale sono personali, e non devolvono *de jure* ad altri, qualunque sia; altrimenti la persona servirebbe alla persona, come nell'èra feudale. Vero è che i guadagni della moglie non provengono tutti dall'opera sua, ma sono altresì il prodotto dei capitali bene amministrati, di quei capitali che furono costituiti in dote. Laonde il marito potrà far assegnare una parte conveniente dei profitti a benefizio della famiglia, e sarà arbitrata dal giudice.

Se le cose vanno meno prospere e i creditori non possono essere integralmente soddisfatti, il marito, nelle cui mani sono passati alcuni prodotti del commercio sotto forma di frutti dotali, dovrà forse restituirli come restituiscono gli utili percetti gli azionisti quando la società cade in fallimento?

In massima credo doversi risponder negativamente: ma qui porrei due limitazioni. La prima *si res adhuc existunt*: per esempio furono assegnati agli usi della famiglia certi crediti non stati ancora riscossi. I creditori possono sequestrarli in loro favore. La seconda limitazione sarebbe qualora i creditori potessero provare che sotto questo titolo di frutti furono fatti assegnamenti eccessivi; il che dovrebbe reputarsi in frode dei diritti degli stessi creditori, ai quali il marito sarebbe costretto a rassegnare quanto avesse percetto oltre il limite del giusto e del convenevole, quantunque con decreto di giudice.

Una osservazione sul capoverso dell'art. 9. I beni dotali non possono alienarsi quando esistono sotto una forma determinata e distinta, e al marito ne appartiene l'amministrazione; ma noi abbiamo supposto portato in dote un esercizio commerciale. Madama X ha un gran stabilimento di telerie d'ogni genere, ch'essa fa *confezionare*, fabbricare, ed acconciare ai più svariati usi del commercio per mezzo dei suoi operai e di macchine sue proprie: non ha consegnati nè i capitali, nè le macchine, nè le mercanzie. Istrumenti od oggetti dell'ente morale, sostenuto dalla operosità, dal credito e dall'attività personale di madama X, cangiando continuamente di forma nel giro del

commercio, subiscono una disponibilità relativa allo scopo dello esercizio; sono in dominio della istitutrice del commercio, della quale il marito stesso ha corso la fiducia, come la corrono tutti quelli che corrispondono colla sua ditta, vi affidano capitali, e credono nel suo nome.

A questa combinazione eccezionale non può dunque estendersi la seconda parte dell'art. 9.

75 *bis*. Se la moglie non esercita un commercio separato, se invece è occupata nel traffico del marito, e nelle sue assenze più o meno frequenti lo rappresenta nei negozi, e firma anche cambiali per lui (1), non obbliga se stessa, ma il marito. Vi è maggior ragione per così ritenere quando la moglie abbia già firmate altre cambiali in nome del marito; ond'è lecito argomentarne un mandato tacito; e una volta entrata ragionevolmente nel pubblico una tale opinione, dev'esser rispettata (Nimes, 8 agosto 1851, *Journal du Palais*, pag. 225. In così grave affare come quello di obbligazioni cambiarie, nel silenzio della legge che non può dir tutto, la massima potrebbe sembrare ardita, se non avesse per sè il suffragio di tutta la giurisprudenza (2).

Articolo 10.

L'autorizzazione data dai genitori o dal Consiglio di famiglia o di tutela al minore per esercitare il commercio, ed il consenso dato per tale oggetto dal marito alla moglie, possono in ogni tempo essere rivocati. L'atto di rivocazione è registrato nella cancelleria e affisso nella sala del tribunale di commercio.

La rivocazione però seguita dopo che il minore o la donna maritata abbia già impreso l'esercizio del commercio, non ha effetto, se non mediante approvazione del tribunale civile, sentito a porte chiuse il minore o la donna maritata.

La rivocazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, neppure per le operazioni ancora in corso di negoziazione.

76. *Revoca dell'autorizzazione. Approvazione del tribunale. Traccia di procedimento.*
77. *Il marito può disapprovare l'esercizio commerciale della moglie, quantunque preesistente al matrimonio.*
78. *Imperfezione della pubblicità ordinata dalla legge; quali conseguenze possono derivarne.*
79. *Sono preservati i diritti dei terzi. Se il minore o la donna maritata, privati dell'amministrazione, possano continuare nella direzione degli affari in corso.*

76. Questo articolo è precisamente il 10 del fu Codice sardo, scritto con più garbo di lingua. In quello era già stato riparato ad una lacuna del Codice francese, alla quale però aveva supplito la dottrina e la giurisprudenza. Il marito poteva ritirare il suo consenso: era affare deciso. Ma poteva ciò dipendere dalla sua volontà, dal suo capriccio? L'inconveniente fu sentito dai legislatori primitivi. CAMBACÉRÈS diceva: « Supposons que « le mari veuille retirer son autorisation, il « est juste de ne pas laisser lui indéfiniment « cette liberté, et de ne pas lui permettre de « s'opposer par caprice à ce que la femme « améliore la fortune des leurs enfants com- « muns: *qu'alors le tribunal intervienne et pro- « nonce entre les deux époux* » (3). TREILHARD, BIGOT-PREAMENEU, REGNAUD, ognuno di quei giureconsulti eminenti ebbe la sua parola per approvare il discorso di CAMBACÉRÈS; ma sfuggì alla redazione.

La facoltà di revocare la concessione viene formalmente estesa al commercio del minore; il che è in perfetto accordo coll'articolo 321 del Codice civile nei rapporti dell'emancipazione.

(1) Specialmente colla formola — *per mio marito assente o impedito* — A. B. *moglie*.

(2) Cassazione francese, 25 gennaio 1821, 2 aprile 1822, 1° marzo 1826, TROPLONG, v° *Mandat*, n° 137; PARDESSUS, n° 65; VINCENS, *Legis. com.*, t. I, n° 250; ORILLARD, n° 174; NOUGIER, t. I, pag. 263; FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire*, v° *Mandat;* DURANTON, t. II, n° 181; ZACHARIÆ, t. III, § 511.

(3) LOCRÉ, t. XVII. pag. 135.

Digitized by Google

Se attuato il commercio *si richiede l'approvazione del tribunale*, è certo che il ricorso del rivocante dovrà esser motivato e giustificato. In relazione al sistema della procedura civile, il miglior metodo, secondo me, sarebbe: presentarsi al cancelliere del tribunale che prenda rogito dell'atto di revoca. Copia autentica di quell'atto si unisce al ricorso coi documenti giustificativi; e se trattasi di minore, viene comunicato al pubblico Ministero (articolo 779). Il presidente fissa il giorno dell'udienza; tutto ciò è notificato al minore e alla donna con citazione a comparire nel giorno designato. L'udienza va *a porte chiuse*, ma è una vera udienza delle ordinarie, essendovi o potendo esservi contraddittore. Forti interessi possono venire in contrasto; e dovrà pronunciarsi propria e vera sentenza. Per quanto la parola *approvazione* sembri accennare a pronuncia meno formale, non è al Codice di commercio che si attingono i fatti della procedura. Io vado più oltre, e ritengo che la sentenza sia appellabile quale conseguenza del principio scritto nell'articolo 481 del Codice di procedura civile. E dovrà in tutto osservarsi il procedimento sommario.

I terzi potranno intervenire in questo giudizio. Benchè protetti dalla speciale riserva scritta nella legge, potrebbero aver interesse a rompere una collusione così facile fra parenti quando gli affari precipitano al peggio.

Si deve forse far destinare un rappresentante al minore? Quando trattasi di affari di commercio o di questioni ad esso relative, siccome è questa, il minore è riputato maggiore: quanto agli affari civili egli ha dalla legge il suo curatore (1).

—

77. Grave e intentato argomento, se il marito sia vestito della stessa facoltà d'interdire alla propria moglie il commercio ch'essa esercitava anteriormente al matrimonio.

Per la risposta negativa milita il dire che niuno può rivocare quella concessione ch'egli non ha data; che tale pretensione del marito sarebbe respinta dal letterale disposto della legge che gli attribuisce la facoltà di rivocare il *consenso dato alla moglie*, e quindi non ha voluto darne una diversa e più ampia quale sarebbe questa; che sposando una donna commerciante (e poteva anche non farlo), ne riconobbe la qualità e l'azione indipendente, e ne accettò le conseguenze; che l'esercizio del commercio formava alla donna un patrimonio non meno di lei proprio che un bene qualunque parafernale, e non può esser privata di diritti e di vantaggi ch'essa non volle punto sottoporre all'autorità maritale.

Io nondimeno crederei migliore e preferibile l'opposta sentenza.

Nelle relazioni di superiorità giuridica che la legge riconosce nel marito, in ordine al giure moderno si ravvisa piuttosto l'elemento dell'interesse affidato principalmente a lui quale direttore della famiglia, che quello dell'autorità. Quando al commercio della moglie si richiede il consenso di lui, egli è perchè appartiene a lui in principal modo il giudicare se lo consenta lo stato della famiglia, l'età e il numero dei figliuoli, la sua condizione sociale; se la moglie abbia capacità, attitudine, mezzi alle arrischiate imprese; s'ella non sia per compromettere piuttosto la fortuna propria e quella dei comuni figliuoli. La legge non ha considerato il caso, come fuori dell'ordinario, di un commercio preesistente al matrimonio, conosciuto dallo sposo, e implicitamente approvato permettendone la continuazione. Questa stessa approvazione può ben valere un formale consenso, e si può trovarne il contrapposto logico nella revoca. Ma ho detto che non si deve partire da questo punto, un po' troppo formalistico, per decidere la questione. Non è qui un padrone che comanda e impone alla moglie la propria autorità; è il capo della famiglia che sente il dovere di far argine a dilapidazioni, a rovine o almeno a pericoli che minacciano non meno la moglie che lui stesso ed i figli, sebbene indirettamente. Tutto ciò che si arroga questo marito, le cui illusioni sono cessate come cessano quasi sempre nei mariti, si è di esporre al magistrato lo stato delle cose, la propria disapprovazione, e l'autorità sua invocare onde ponga termine al male, vietando alla donna di continuare un commercio rovinoso, alla quale nel tempo stesso dà la miglior prova d'interesse e d'affetto. Con ciò mi sembra risposto ad ogni obbiezione.

—

78. Noi abbiamo osservato (n° 72), che la

(2) Il minore emancipato per concessione ha il curatore nel genitore emancipante (art. 314). La sua autorità rimane inerte per tutto quanto riguarda il commercio autorizzato. È singolare che il minore avendo capacità per gli affari più serii e pericolosi, quali i commerciali, non ne abbia di sufficiente nelle cose civili.

Digitized by Google

formalità della pubblicazione non è imposta dalla legge rapporto all'esercizio commerciale che imprende la moglie di consenso del marito. Ora vediamo nel nostro articolo prescritta la pubblicazione dell'atto di revoca. Lo scopo è palese; rendere avvertiti i terzi onde si guardino da contrattazioni che sarebbero nulle, ma è a deplorare che la pubblicazione non sia abbastanza estesa.

La registrazione nella cancelleria sarà cosa ottima per l'autenticità: ma l'affisso nella *sala di un tribunale di commercio*, se può diffondere la notizia nella periferia che lo circonda, lascierà al tutto digiuni di sè i lontani e gli stranieri segnatamente, ai quali è permesso di ignorare persino la esistenza di quel tribunale. I negozianti di Amsterdam e di Londra che non hanno, per esempio, a Ferrara delle persone incaricate per vedere cosa si annunci nell'interno della sala di quel tribunale di commercio, continuano a fare spedizioni alla mercantessa esautorata, che le riceve a iosa, e poi un giorno quando quelle case la sollecitano a pagare un centomila franchi di cui va debitrice, la buona donna sobbillata dal marito o dai parenti, risponde aver cessato dal commercio, e porta un certificato del cancelliere comprovante che nel tribunale di una città che si chiama Ferrara, era stato affisso (forse per un giorno o due perchè la legge non esprime neppure la durata dell'affissione) un decreto che la privava della facoltà di negoziare. Essa ciò nonostante ha continuato a tirar cambiali ed a ricevere mercanzie, abusando l'altrui buona fede.

Ora nascono più questioni: 1° se i terzi potessero veramente dirsi in buona fede, avendo dal canto suo la donna o chi per lei adempite le prescrizioni di legge; 2° se i terzi possano esercitare azioni commerciali; 3° se almeno abbiano azione civile per essere rimborsati dell'effettivo valore che la donna ha ritratto, o per la restituzione delle loro merci; 4° se il marito che non ha materialmente impedito alla donna quella tresca, e pare anzi l'abbia agevolata non senza profitto proprio, ne sia pur esso solidalmente responsabile (1).

Sembra invero che la legalità faccia ostacolo all'azione dei terzi; ma in ogni causa, in fatto di commercio specialmente, vi è qualche cosa al di sopra della legalità; la legge della coscienza, il diritto della buona fede. La legalità può benissimo incaricarsi di toglier via ogni pretesto di buona fede; ma deve scegliere quei mezzi che sono opportuni a spandere la scienza dei suoi divieti; se sono per sè insufficienti, non basterà di averli praticati, perchè infine una vera e generale pubblicità non ci è stata.

In tale stato di cose la moglie del signor N. ha continuato ad essere una commerciante per i negozianti d'Amsterdam e di Londra, e se la donna simulando tale qualità vi ha aggiunto del suo il dolo e l'inganno, non possono quelli avere scapitato della loro condizione giuridica, nè questa averne guadagnata una migliore. Dico adunque, rispondendo con ciò anche al terzo quesito, che l'avere dolosamente continuato il commercio con coloro che dovevano ignorare la mutazione avvenuta, rende passibile la donna di tutte le azioni che i terzi avrebbero potuto prima esercitare contro di lei per l'importo non solo dei valori inviati, mà eziandio dei danni; e non potendo essa soddisfarvi, non sarebbe per evitare una dichiarazione di fallimento.

Secondo le circostanze, il marito potrà convenirsi pel dolo col quale è concorso ad ingannare i terzi; uno dei quali più gravi argomenti sarà quello di non avere fatto pubblicare l'evento nei giornali, nè di avere spedito circolari ai corrispondenti, come suol farsi in ogni caso consimile; di non avere insomma supplito coi mezzi propri alla manifesta imperfezione della legge.

79. Ma riteniamo un regolare andamento di cose. Vide la giurisprudenza francese che i diritti acquistati, e neppure gli affari in corso, non potevano essere pregiudicati, ma nol disse la legge. A noi la disposizione espressa fu portata dal Codice albertino. Non parleremo che delle *operazioni ancora in corso di negoziazione*.

Evvi una ricerca preliminare. Perfetta che sia la rivocazione, assume forse il marito *de jure* la gestione commerciale come successore interinale della moglie sino alla liquidazione degli affari? La questione è nuova e spinosa. Da un lato si dirà che l'inabilità riconosciuta della moglie la esporrebbe a nuovi danni; oltre di che, privata della facoltà di esercitare il commercio, deve in effetto cessare dai negozi onde sia questa una verità. Dall'altro, postochè i capitali della negoziazione siano parafernali, si verrà osservando, che ciò invero non impedisce che non si possa costringere la moglie a dimettere un commercio che la ro-

(1) Ciò che dicesi rapporto alla donna, si applica eziandio al minore che fu commerciante, e dopo la rivocazione continuò con inganno il suo commercio.

Digitized by Google

vina, ma l'amministrazione dei parafernali, in quanto tali, è ad essa guarentita dall'art. 1427 del Codice civile.

Il caso è realmente impreveduto, e il mio avviso sarebbe: che il tribunale possa costituire un assistente, un coadiutore alla donna, che può essere lo stesso marito, per lo stralcio e liquidazione che deve operarsi; e per quegli affari che si dovessero ancora continuare in forza d'impegni indeclinabili.

Chi volesse esaminare le molteplici combinazioni che possono presentarsi in fatto di cessazione e liquidazione di un commercio, massime assai esteso e svariato, dovrebbe fare un discorso più lungo di quello che ci è permesso in questo luogo. Non diremo quindi che poche cose. La posizione di questo commerciante non è punto diversa da quella di qualunque altro che si ritira spontaneamente dagli affari. Le obbligazioni incontrate si devono soddisfare. Le spedizioni ordinate non si possono contromandare, salvo l'assoggettarsi a rifazione di danni ed interessi. Contratto un impegno sociale è d'uopo portarlo a termine, eccettochè i patti o la condizione delle cose non facciano abilità di liberarsene.

Anticipando un tratto sulla larga materia sociale che ci aspetta, potrà chiedersi se questo nuovo stato del minore o della donna maritata, ai quali s'interdice il commercio che già esercitavano, sia da pareggiarsi alla interdizione di cui favella l'art. 166, n° 4 (1).

Io non ammetterei il paragone. La interdizione si subisce come rimedio necessario alla perdita della ragione: fatale non meno che la morte. La legge ebbe d'uopo di specificare i casi fatali di scioglimento affinchè coloro che contraggono società commerciali possano tenerli in conto. Ma essi sanno ancora che niuno può ritirarsi volontariamente da impegni assunti. Un recesso motivato non dalla legalità, ma dall'interesse, è sempre volontario per parte di chi può imporre altrui la propria volontà, malgrado il principale interessato non sia libero di sfuggirne l'azione.

Articolo 11.

Il contratto di matrimonio tra persone, una delle quali sia commerciante, deve essere trasmesso per estratto entro un mese dalla data di esso alla cancelleria del tribunale di commercio del luogo dov'è lo stabilimento commerciale, per essere registrato e affisso in conformità dell'articolo 4.

L'estratto esprime se vi fu costituzione di dote, e se fu stipulata comunione di beni.

Articolo 12.

Il notaio che ha ricevuto il contratto di matrimonio deve fare la trasmissione ordinata dall'articolo precedente, sotto pena di lire venticinque di ammenda estendibile alla multa di lire cento, oltre la destituzione e il risarcimento dei danni verso i creditori se l'omissione fu dolosa.

Articolo 13.

Il coniuge che vuole imprendere la professione di commerciante dopo il suo matrimonio è obbligato di fare la trasmissione anzidetta entro un mese dal giorno in cui ha impreso il commercio. Se manca a quest'obbligo può, nel caso di fallimento, essere punito come reo di bancarotta semplice.

Articolo 14.

La domanda di separazione di beni tra coniugi, uno dei quali sia commerciante, deve esser fatta in conformità del Codice civile, ma deve essere registrata e affissa giusta il disposto dell'articolo 4.

(1) « Le società commerciali si sciolgono: 4° per la morte o *interdizione del socio*... ».

Digitized by Google

La registrazione ed affissione deve precedere almeno di un mese la sentenza che pronunzia sulla domanda di separazione. Anche la sentenza che ammette la separazione sarà registrata e affissa entro un mese dalla sua data.

In mancanza di tali registrazioni e affissioni i creditori per titolo di commercio possono opporsi alla separazione pronunziata, per ciò che riguarda il loro interesse, e impugnare ogni liquidazione dipendente, salvo il disposto dall'articolo 1422 del Codice civile quando la separazione fosse fatta in frode dei creditori.

Articolo 15.

Gli articoli 11 e 12 sono applicabili ai contratti di matrimonio, nei quali l'ascendente commerciante si è obbligato per la restituzione della dote e delle ragioni dotali in favore della moglie del discendente.

80. *Ragione e scopo delle trascritte disposizioni.*
81. *Esse rimangono senza applicazione quando il matrimonio non è accompagnato da contratto scritto prima della sua celebrazione.*
82. *Omissione dolosa della pubblicazione del contratto matrimoniale imputabile al notaio; estensione necessaria della penalità dell'articolo 13.*
83. *Schiarimento all'articolo 15.*
84. *Della separazione dei beni; riassunto delle disposizioni del Codice civile; diritti dei terzi.*

---

80. Il commercio dev'essere tutelato contro le sorprese della frode; il Codice assume questa tutela in un modo che fa onore alla previdenza dei legislatori, e se ne occupa incessantemente. Al fine di un commercio inaugurato coi migliori auspici vi ha troppo spesso una catastrofe che si chiama fallimento, e sembra l'incubo del legislatore. Il Codice di commercio attinge disposizioni ben ferme dal Codice civile rispetto ai patti matrimoniali, alla cui stipulazione lo stesso Codice civile assegna un'epoca determinata e forme solenni a inabilitare quelle facili transazioni di famiglia che l'interesse consiglia durante il matrimonio. Quindi « i contratti matrimoniali devono essere stipu- « lati per atto pubblico avanti notaio prima « del matrimonio » (articolo 1382). Ogni mutazione deve apparire prima di esso dallo stesso contratto; nè in seguito se ne ammette verun'altra (articoli 1383, 1384, 1385). Il Codice di commercio accetta queste basi, e vi aggiunge l'obbligo della pubblicazione. È una cognizione indispensabile a quelli che si dispongono a commerciare e ad affidare dei capitali all'uno o all'altro di codesti coniugi esercenti la mercatura. La legge determina in ispecial modo i diritti della moglie, che sono per così dire il tormento dei creditori e l'ultima risorsa del fallito.

81. Il nostro articolo 11 (capoverso) vuole che « l'estratto esprima se vi fu costituzione di dote, e se fu stipulata comunione di beni ». Se vi è contratto matrimoniale, è ben necessario adottare uno di questi due sistemi: non se ne può ideare un terzo composto di pattuizioni arbitrarie e fuori delle regole fondamentali stabilite dal Codice civile.

Con ciò è supposta la esistenza di un *contratto matrimoniale* che potrebbe anche non esserci, e il matrimonio non sarebbe meno valido. Tuttavia la nostra legge non presume la comunione legale: dovrà invece ritenersi come una conseguenza la separazione dei beni?

Una simile conseguenza non saprebbe intenderla quel gran maestro che è TROPLONG: « Quelle serait en effet la situation des con- « joints dont le mariage ne serait pas accom- « pagné d'un contrat? » (*Du mariage*, nº 19). Egli è rapito da quella che potrebbe dirsi filosofia del sistema della comunione, che per lui, e per i Francesi in generale, sembra lo stato naturale di quella *societas vitæ*, che è il consorzio d'ogni cosa, d'ogni bene e d'ogni male (1); sentenza che trova miglior appoggio giuridico

---

(1) Il perchè i Francesi hanno molto in onore quel detto di Gregorio di Tolosa: *Societas bonorum inest conjugali conjunctioni.*

Digitized by Google

moribus et consuetudine del paese che prestò all'acuto Dumoulin i più solidi argomenti per insegnare questa teoria che passò in legge nel Codice civile (articolo 1393 (1). Teoria estesa sino al matrimonio dei Francesi che, senza contratto scritto, si celebra fuori di Francia.

Non essendo presso di noi nè quella consuetudine nè questa legge, è d'uopo venire alla conclusione adottata nei paesi di diritto romano, esistere il matrimonio senza dote e senza comunione di beni, e rimanere la moglie libera posseditrice de' suoi parafernali, secondo il principio della Leg. 8 Cod. de pactis conventis, moderato dalle prescrizioni del nostro Codice civile. Cessa dunque l'applicazione dei nostri art. 11, 12, 13, perchè ciò che non esiste non si può pubblicare, e ci potrebbe essere la suprema delle ragioni, quella di non aver beni da costituire in dote. I commercianti accorti non mancheranno d'informarsi, e in tanta semplicità di rapporti economici fra marito e moglie, non troveranno nulla di dannoso al loro interesse.

82. Questi saggi ordinamenti sono posti sotto la salvaguardia della disciplina notarile nel caso dell'articolo 12, avvalorata da alcune penalità indeclinabili, che sono la multa applicabile in ogni caso; e la destituzione e il risarcimento dei danni *se la omissione è dolosa*. Il notaio adunque, nel suo proprio interesse, è obbligato a ricercare la condizione degli sposi; e non potendo accertarsene, come tante volte avviene, dovrà farla per essi dichiarare nel rogito.

Si va sino a pensare *una omissione dolosa:* tutto è possibile. È difficile trovare la base del *risarcimento dei danni*. Ottime cautele, io dissi; ma non bisogna esagerarne l'importanza. Se trattasi di comunione, che per noi si riduce agli utili, come venne osservato altrove (n° 73), il contratto matrimoniale non indicherà che la forma generica: ciò che più rileva si è l'avere cognizione degli acquisti che vengono poi facendo i coniugi dopo il matrimonio, sul che la legge non provvede. Se trattasi di dote, è grande interesse dei commercianti di assicurarla con una buona iscrizione ipotecaria, e i creditori non potranno ignorarla. Vero è che può essere artificiosamente tardiva, perchè i crediti commerciali non sogliono iscriversi alle Ipoteche, e i creditori potranno dirsi sorpresi da una iscrizione inaspettata, perchè il contratto matrimoniale non fu pubblicato. E in questo fatto potrà ravvisarsi una delle basi del risarcimento del danno. Del resto non apparisce di leggieri alla mente che la ignoranza, più o meno vincibile, di un contratto di matrimonio abbia potuto determinare il mondo commerciale a mettersi in rapporto con quell'uomo o con quella donna; e altrimenti non lo avrebbe fatto.

La omissione però è abbastanza grave onde il commerciante nel giorno della disgrazia se la vegga comparire come un argomento di bancarotta (2). È notevole però che l'articolo 13, combinato col 701, n° 3, non impone siffatto carico al commerciante se non debba a lui stesso ascriversi il mancamento: quando cioè, assumendo il commercio *dopo il matrimonio*, non abbia curato la pubblicazione del relativo contratto. Pare che tutto il peso della penalità si carichi, nell'altro caso, al notaio. Egli però non può esser reo di *omissione dolosa* se non per complicità nel delitto del commerciante che, occultando il contratto a' suoi corrispondenti, si confida di poterli più facilmente ingannare. Si potrebbe credere che questo fosse caso di bancarotta fraudolenta; ma non si vede fra le cause enunciate nell'articolo 704 del nostro Codice, e sono le sole e tassative che qualificano un tale reato. Vi è stata qui una inavvertenza alla quale bisogna riparare. Imperocchè mentre il notaio per la omissione cade in una penalità gravissima, il commerciante, che lo ha condotto nei suoi tetri divisamenti, ed è reo di *commissione*, non sentirebbe perciò alcuna pena. Quindi l'art. 13, malgrado la sua indole penale, dovrà ricevere una necessaria estensione; o per dir meglio, l'articolo 13, e con esso il 701, n° 3, colpisce eziandio i fatti riferibili alla dissimulazione del contratto matrimoniale prima del matrimonio ogni volta che la parte vi abbia dolosamente cooperato.

83. L'articolo 15 può stimarsi superfluo; ma aggiunge chiarezza e basta. Non è raro che il padre stesso riceva la dote che si paga al figlio, e ch'egli si obblighi perciò di restituirla alla nuora ipotecando i proprii beni. Si teme che i creditori del commerciante possano cadere in qualche funesta illusione, non conoscendo questo patto. La prescrizione obbliga del pari il suocero che il marito e la moglie stessa in quanto siano commercianti, ma ri-

(1) Nota è la opposizione, che però rimase inefficace, di Argentrè e di Froland. Può vedersi Merlin, *Répert.*, v° *Commun.*, § 1, cap. I.

(2) *Argomento* non *prova*: prove sono i fatti dell'articolo 698, ai quali la legge ha data una significazione indeclinabile.

Digitized by Google

guarda in ispecial modo il primo, lo suocero che si obbliga a restituire la dote; e la vista si estende all'erede probabile, il figlio. Il commercio non si preoccupa dei crediti, ma dei debiti dei suoi fiduciari. Odia i concorsi inaspettati; è nemico delle sorprese; e vuol calcolare come quell'uomo che ha promesso di restituire una dote, forse cospicua, possa non trovarsi imbarazzato nel realizzare la promessa.

—

84. La *separazione dei beni* richiama le sollecitudini del Codice di commercio, come uno dei sintomi di prossima e mortale infermità economica; e quantunque regolata dal Codice civile, il nostro vi aggiunge nell'art. 14 le sue precauzioni particolari. Ravvicinando quelle disposizioni, ne daremo un'idea semplice e positiva.

Poichè noi conosciamo due modi di convivere dei coniugi, il reggime dotale e la comunione, la *separazione dei beni* abbraccia i rapporti di amendue le specie. Diciamone qualche parola partitamente.

Chi ha diritto di promuovere la domanda della separazione della dote? La moglie soltanto (articolo 1418 del Codice civile), e non i creditori particolari di lei senza il suo consenso (articolo 1421). È dunque un beneficio tutto personale alla moglie; e per quanto io penso, riposa in un principio di alta moralità, onde non sia lecito ai terzi di rompere quegli intimi legami di famiglia, che fra persone che si amano diventano più cari nei giorni della sventura. Del resto i nostri Codici avvedutamente soppressero la seconda parte dell'articolo 1446 del Codice Napoleone, perchè i creditori della moglie possono sempre far valere i loro diritti di sequestro e di pignoramento sulle sostanze di lei, e concorrere per limitare nel giusto le pretese dei creditori del marito.

La separazione dei beni si effettua, a rigore di termini, nella esistenza della comunione (1) (articolo 1442 del Codice civile). Sistemi diversi, si risolvono non ostante per cause consimili.

Secondo le norme del diritto romano (2), vergendo il marito all'inopia, nel pericolo di perdere la dote, la moglie può provvedere in tempo alla istanza di separazione (art. 1418 del detto Codice civile). Se la dote è assicurata con ipoteca, il rimedio della separazione non dovrebbe aver luogo (3). Il disordine degli affari del marito, la cattiva amministrazione, il pericolo, sono motivi a sciogliere la comunione: qui però si mostra la differenza di codesti rapporti giuridici. Il diritto della dote resiste ad ogni scossa sotto l'egida di una buona ipoteca; la quale ove manchi, non essendo che un titolo di credito, e confondendosi nel patrimonio del marito che cade in rovina, la dote non può realmente salvarsi che mediante la separazione, ossia il pagamento immediato. I beni della comunione sono rispettivamente in proprietà dei coniugi; il pericolo quindi sarebbe molto minore, poichè contro alienazioni che il marito non può fare (art. 1438) competerebbero azioni vindicatorie. Nondimeno *melius est habere rem quam actionem*; cessare un'amministrazione scompigliata; prevenire la irruzione dei creditori. Se commerciante è la moglie, e il marito non voglia o non possa fermarla sul declive del fallimento, potrà valersi a sua volta del diritto della separazione dei beni comuni (4).

In tutto questo affare il Codice civile ha provveduto all'interesse dei terzi, e permettendo d'intervenire nel giudizio di separazione, e fornendoli di azione per rivocare la separazione della dote fatta in frode (articolo 1422). Fa maraviglia che questo articolo non sia stato esteso, come gli altri tre che lo precedono, ai giudizi separativi della comunione (5). Pare abbia voluto supplirvi l'art. 14 del Codice di commercio nelle sue ultime parole. Del resto per quanto sembri di voler ferire un buon colpo contro i trasgressori delle formalità della registrazione ed affissione, in effetto l'articolo 14 non ha detto nè fatto nulla di nuovo; oltreciò manca d'ogni perspicuità e chiarezza (6).

I creditori, si dice « possono opporsi » alla

(1) La restituzione della dote pecuniaria è assegnamento di beni, è pagamento anzichè *separazione*.

(2) Leg. si constante, Dig. solut. matr.

(3) Ciò sembra desumersi dall'articolo del Codice civile ora citato. Pel diritto romano non osta alla straordinaria *restitutio* la esistenza dell'ipoteca. Anzi può persino esercitare l'azione ipotecaria contro i terzi possessori ai quali il marito avesse assegnati i fondi ipotecati (FONTANELLA, de pact. nupt., clausola 7, glossa 2, part. 3; BOSSIUS, de dote, cap. XIX, nº 8).

(4) La separazione personale dei coniugi può anche esser causa della separazione dei beni; ma ciò si allontana dal nostro argomento.

(5) Difatti non è richiamato dal 1442.

(6) Questo articolo non è stato sottoposto, come tanti altri, alla sapiente revisione della Commissione; esso è rimasto com'era il 13º del precedente Codice albertino.

Digitized by Google

separazione pronunziata per ciò che riguarda al loro interesse, e impugnare ogni liquidazione dipendente, ecc. Forse a dispetto e in vendetta della trascurata formalità? No certo; ma solo perchè i creditori avvisano che i loro diritti sono stati defraudati: i creditori del marito sono convinti che alla moglie è stato assegnato di più che a lei non competesse. Che giova adunque il dire, *possono opporsi*, *possono impugnare*; sì lo possono, come lo avrebbero potuto giusta l'articolo 1422 del Codice civile; possono contrastare *ogni liquidazione*, ma ad un patto: che si facciano ad oppugnare le basi stesse del pronunciato (1); che provino di essere stati lesi nei loro diritti; e per conseguenza le liquidazioni che si vanno proponendo, devono sospendersi. L'articolo non ha osato dire che tutto ciò che è stato fatto e pronunziato è nullo; se non lo è, dovranno i creditori provare come sopra ho detto; ed infine la disposizione si confonde con quella dell'articolo 1422.

Della proprietà industriale, artistica e letteraria.

85. *Ragione di questa dissertazione; e logica attinenza dei principii che presenta colla esposizione del Codice di commercio.*
86. *Le guarentigie della proprietà industriale, artistica e letteraria, il cui capitale è l'idea, sono accordate all'effetto di poterne disporre conservando i vantaggi materiali della riproduzione.*
87. *Brevetti d'invenzione e privative. Oggetti della invenzione industriale. Come la scoperta debba essere originale, e di tali cose che possano essere materia all'industria e al commercio.*
88. *L'inventore patentato che vende i prodotti della sua scoperta non è un commerciante.*
89. *Dell'interesse e diritto di conservare i nomi personali dei fabbricatori apposti come enunciative e indicative dei prodotti e delle merci.*
90. *Eccezione laddove il nome o la marca di fabbrica siano caduti in dominio del pubblico per uso costante, per cui è tolto al proprietario di rivendicarli.*
91. *Del nome dei luoghi e paesi dai quali origina il prodotto o la merce.*
92. *Di altri segni o distintivi dell'oggetto esposto in commercio; del loro carattere necessario o arbitrario; della loro aderenza materiale all'oggetto medesimo.*
93. *Del diritto d'insegna.*
94. *Cessione dei diritti della proprietà industriale. Vendita di uno stabilimento. Se il venditore possa continuare in altro luogo lo stesso commercio facendo concorrenza al compratore.*
95. *Cessione parziale. Cessione, uso ed abuso del nome.*
96. *Passaggio ad un rapido esame del diritto della proprietà artistica e letteraria.*
97. *Delle precipue disposizioni della Legge 25 giugno 1865. — Editori. — Cessione o possesso del manoscritto. Se si abbia facoltà di pubblicare per le stampe lettere missive.*
98. *Obblighi dell'autore, e se i diritti di lui verso l'editore siano personali. Della rescissione in caso di fallimento dell'editore.*
99. *Obblighi dell'editore verso l'autore.*
100. *L'azione che deriva dalla cessione del manoscritto non è commerciale: tale può essere fra i successivi cessionari che siano commercianti.*
101. *Cenni sulla proprietà artistica. Di alcune teorie sulla proprietà delle opere drammatiche e musicali, e sulla giurisdizione.*

85. Considerato in se stesso il diritto di proprietà sotto una forma qualunque, eziandio industriale, o è governato da principii generali, o è distinto e disciplinato in regolamenti spe-

(1) Il sistema di procedura sarebbe sempre quello della *opposizione del terzo* (articolo 510 e seg. del Codice di procedura civile).

Digitized by Google

ziali, mentre la legge di commercio vi si mantiene estranea, e non dispone in alcun modo. Astenendomi da questa dissertazione, che del resto non sarà lunga, sarei venuto meno alla intenzione del mio lavoro. Avverso ad ogni superfluità e vaniloquio, voglio mostrare che io non faccio propriamente una digressione.

Industriale è quel prodotto che l'umana intelligenza dal proprio fondo e da opportune applicazioni di scienze e d'arti, sa cavare *in risultati utili:* vale dire pratici, reali, non solo per altri, ma anco per l'autore; il che deriva appunto dalla utilità intrinseca ed effettiva del suo trovato. Ogni produzione industriale, secondo il senso più ricevuto della parola, tende a svilupparsi al di fuori del suo autore, a raccoglierne i frutti materiali: in una parola, tende al commercio. Quindi è che alle scoperte industriali tengon dietro i *brevetti d'invenzione*, i privilegi delle privative; e prova ben chiaramente che l'autore non è rimasto contento alla soddisfazione morale, all'onore della scoperta, e neppure al più nobile vanto di far del bene ai suoi simili, ma non ha perduto di vista se stesso, il proprio interesse: legittimo interesse che ai padri di famiglia può essere un dovere, e in generale è il movente necessario di studi pazienti, laboriosi; di sforzi costanti non sempre fortunati; di una devozione all'arte, per così esprimermi, che occupa una gran parte della vita. Giustamente i governi incoraggiano questa industria benemerita che talvolta rivela, sotto i panni dell'artiere, l'uomo di genio. Fintantochè l'intelligenza si svolge nella propria sfera, e si procura dal governo i titoli per renderla materialmente utile, non esce per certo in atti di commercio; ma questa condizione di cose ha con esso un tale rapporto di mezzi e di fine; le apparenze e i segni estrinseci della proprietà industriale sono talmente una nozione interessante il commercio, che un qualche esame di tutto questo non può essere rifiutato da chi assume il grave cómpito di esporre la dottrina commerciale.

Le opere così dette d'ingegno sembrano tener meno a quella teoria materiale che dalla industria mette al commercio, e quasi se ne associa i problemi. Ma nel nostro punto di vista assai poco elevato, ossia in ordine al nostro soggetto, noi osserviamo il più nobile lavoro artistico o scientifico in una posizione consimile a quella di un'opera industriale propriamente detta, cioè nelle sue relazioni più prossime al commercio. In altre parole, noi non ci occupiamo della *proprietà letteraria* in quanto è ed ha ragione di essere, ed accettiamo senza discutere la nozione fondamentale dell'articolo 437 del Codice civile (1). La stessa proprietà letteraria vuol essere dichiarata perchè l'opera già sfugge, si direbbe, dalle mani dell'autore e dal suo dominio intellettuale, entra in quello del pubblico, quasi sempre per mezzo di editori, vale dire commercialmente. Anche qui siamo dunque a quei confini nei quali le teorie del diritto civile si toccano con quelle del diritto commerciale, e ad ogni lieve transito s'immischiano, di guisa che se chi scrive il commento non ha una vera necessità di delibarne, conoscendo però quanto spesso la giurisdizione commerciale è tratta ad occuparsene, non credo nè inutile nè fuor di luogo il discorrere alquanto di questa materia.

86. La proprietà industriale e letteraria, come ogni altra « è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta » (articolo 436 del Codice civile). Ma l'oggetto per cui se ne chiede la dichiarazione è piuttosto *la facoltà di disporre senza perdere la proprietà*. Niuno contrasta all'artefice, al letterato di godere contemplando la propria opera, di compiacersi dei parti, come si chiamano, del proprio ingegno. Ma egli ne vuol disporre, e non come di ogni altra proprietà che disposta si perde, ma conservandola. Potrebbe esistere questo genere di proprietà secondo la natura delle cose, ove non se ne ingerisse il potere legislativo colle sue decisioni; o in diversi termini, non sarebbe questa una proprietà artificiale? Io non divido tutte le idee di quell'arguto ingegno che è SIOTTO PINTOR sulla proprietà letteraria; io apprezzo gli alti scopi del governo nell'incoraggiare i trovati dell'industria e premiarne gli inventori; nel guarentire agli autori certi vantaggi che in Italia non sono certo esuberanti, e con intimo senso di convinzione vi darei il mio voto; ma dico solo che è uno di quei diritti che esiste in virtù di una legge positiva (2). Nessuno dirà che una *privativa* sia di diritto naturale; la

(1) « Le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite da regole speciali ».

(2) Mi spiegherò meglio in questa nota. Dovrei estendermi troppo per trattare un argomento sì grave, esposto in tanti scritti, e segno di opposte sentenze. Io ne ho toccato nel rapporto che ha col commercio. Certo la proprietà del lavoro è in se stessa la più naturale, come la più sacra delle proprietà! Ma la questione è se rimanga tale quando

idea non appartiene più all'autore quando è pubblicata; ma siccome è libero di pubblicarla, così gli è concessa uguale libertà (e perchè sia tale dev'essere esclusiva) di riprodurre la sua opera in nuove edizioni; di esser consultato sulla traduzione del suo libro, che n'è la riproduzione sott'altra forma; vantaggi materiali che per considerazioni d'utilità generale (1) gli vengono guarentiti, malgrado il libro sia entrato in circolazione, e fornisca a cento speculatori occasioni di commercio.

87. Il potere legislativo od esecutivo provvede in molte guise al regolare sviluppo delle industrie attive e operanti; delle imprese (2), che sono o non sono propriamente commerciali nei rapporti della giurisdizione; o riguardino l'azione dipendente da concessioni governative, come lo scavo delle miniere, la costruzione e l'esercizio delle ferrovie; o piuttosto la polizia dell'esercizio, come rispetto ai sensali e agli agenti di cambio. Invece di concedere libertà, sono limitative o regolative della libertà nell'interesse dell'ordine: le leggi all'incontro che concernono la proprietà industriale, ecc., sono ampliative, favorevoli, datrici di facoltà individuali che altrimenti non si avrebbero, moderate da ragionevoli prescrizioni.

La industria, checchè se ne dica dagli amatori di libertà sconfinate, ha bisogno talvolta di esser protetta; a questo fine vennero concessi i *brevetti d'invenzione* che apportano all'inventore il vantaggio della privativa. La Legge 30 ottobre 1859 (3) che governa questa materia è stata estesa a tutto il Regno dall'altra del 31 gennaio 1864.

Il brevetto d'invenzione è il titolo, non veramente attributivo di proprietà, ma *di possesso della qualità d'inventore, e dei diritti che vi sono inerenti secondo la legge.*

Una invenzione industriale può avere per oggetto: 1° un nuovo prodotto commerciale; 2° la creazione di un istrumento meccanico di macchine, di motori, di nuovi agenti industriali, imprimenti un'attività sconosciuta a forze già note; 3° un processo o metodo non ancora ideato per ottenere più prontamente e più efficacemente risultati interessanti l'industria generale; 4° nuove applicazioni, deduzioni inaspettate di principii scientifici, quantunque conosciuti, che equivalgono ad una vera creazione, se in fondo a tale scoperta si trovi una conquista industriale, un'utilità effettiva, e una importanza suscettibile di essere generalizzata.

Scoperta, ossia novità dell'oggetto; sua applicazione alla industria; ecco le condizioni della concessione governativa (4).

Rapporto al carattere industriale darò la definizione di Rénouard (5). « Une invention « a le caractère industriel, lorsqu'elle donne « des produits que la main de l'homme ou les « travaux qu'il dirige peuvent fabriquer, faire « naître ou mettre en valeur, ou de nature à « entrer dans le commerce pour être achetés « ou vendus ». Perchè le scoperte della scienza, più o meno sublimi, avrebbero bisogno di esser riconosciute dal governo e di avere una patente? Herschel avrebbe potuto domandarla per ottenere la vendita privativa del telescopio di cui era l'inventore; non finchè gli fosse bastato di contemplare le stelle, e spiegarne l'uso a' suoi discepoli (6).

Restringendomi a brevi cenni, io non posso ricercare il grado di originalità dell'invenzione per reclamare il privilegio; ciò stesso è oggetto di studio, e non può esser deciso che nei singoli casi da uomini speciali e competenti nella materia. Non farò che due sole osservazioni, le quali confermano la mia tesi che l'oggetto della invenzione dev'essere materia atta al commercio.

Si è detto con ragione che ogni verità che l'umano ingegno discuopre, strappandola per

---

il prodotto del lavoro è trasferito alla cognizione del pubblico e divenne oggetto di commercio intellettuale e materiale.

(1) Dico *utilità generale*, perchè i frutti che gli autori raccolgono dalle loro opere animano nuove produzioni; e perchè tanto meglio trovano editori in quanto i plagi, le contraffazioni, l'emule concorrenze siano tolte di mezzo.

(2) Perchè non *intraprese?* Io credo non si debba avere alcuno scrupolo di usare questa voce, benchè nella lingua comune non accolta fra le migliori. Le *imprese* degli speculatori sono piuttosto *intraprese:* sono vere *imprese* quelle di Garibaldi. *Intraprenditore* e *impresario* non sono sinonimi. *Intraprenditore* è, per così dire, lo speculatore in genere; il vocabolo *impresario* si applica meglio ad un'opera determinata. Chi studia le parole, studia le cose.

(3) In relazione alla Legge piemontese del 12 maggio 1855.

(4) Rendu, *Droit industriel*, n° 312.

(5) *Traité des brevets*, n° 57.

(6) Laonde si è osservato che il galvanismo non era in principio oggetto di un brevetto d'invenzione, quando non fece che arricchire la scienza: tale divenne quando la pila del Volta venne applicata alle arti industriali, per esempio alla doratura e a tanti altri usi.

Digitized by Google

così dire agli arcani della gelosa natura, come la legge dell'attrazione, è una creazione del genio, benchè non siasi creato nulla ma solamente trovato quello che già esisteva. La scoperta, quantunque portentosa, di fenomeni naturali, non dà diritto a un brevetto di invenzione (1). E neppure il più nuovo sistema filosofico od economico, tale da maravigliare il mondo. Se oggi venisse un Colbert a regalarci un metodo semplicissimo per pareggiare il nostro debito pubblico, avrebbe le benedizioni di tutta Italia, non un brevetto d'invenzione (2).

88. L'inventore ha per titolo dell'esercizio della privativa industriale l'attestato della pubblica amministrazione (art. 7 della Legge del 1855), e comprende la esclusiva fabbricazione e vendita del prodotto, della macchina, dell'istrumento che ha inventato, durevole per tutto il tempo determinato dalla legge e dalla concessione.

L'inventore, malgrado le sue vendite, non passa nel novero dei commercianti; può dirsi che la stessa concessione lo tutela e difende da tale pericolosa qualità; eccettochè non facesse delle cambiali od altri atti essenzialmente commerciali. Scienziato od artefice per eccellenza, è questa la dote che primeggia in lui al di sopra di quello del commerciante che si forma puramente col traffico o coll'arte del cambio, e non può allegare verun altro titolo che lo riponga, a così dire, in una classe più riposata e meno esposta ai rigori della legge.

—

89. È di molto interesse pratico esaminare i segni estrinseci con cui suole manifestarsi al pubblico la proprietà industriale e lo stesso commerciale esercizio.

Sogliono i fabbricatori apporre nomi, distintivi, marche, *etichette* ai loro prodotti; ai vasi, alberelli, *flaçons* che li contengono. Secondo gli usi del commercio, sono destinati a garantire la identità dell'oggetto; ad enunciare col nome o colla *ragione* dello stesso fabbricante il credito della merce. I segni della proprietà sono vere proprietà; compresi nella generale nozione dell'articolo 136 del Codice civile, sono protetti dallo stesso diritto. La scelta del diritto è al proprietario: ogni usurpazione o contraffazione è un delitto di lesa proprietà (3).

Il nome e cognome è ciò che vi ha di più personale e meno suscettivo di usurpazione. È a temersi la concorrenza degli omonimi. L'ultimo che arriva sulla scena del commercio non è tenuto a cangiar nome come il monaco; quantunque richiamando a sè coll'equivoco una riputazione che non gli appartiene, possa nuocere ad altri. La giurisprudenza alla quale questa combinazione non è ignota, ha provveduto che quando un commerciante ha preso possesso commercialmente del proprio nome applicandolo abitualmente ai suoi prodotti, ogni omonimo che fabbricasse o ne smerciasse dei simili, sarà tenuto ad aggiungere una qualificazione, un soprannome, o distinguersi colla paternità, o col luogo della fabbrica (4).

Il nome è una proprietà alla quale gli uomini tengono giustamente quando una vita illibata ed operosa lo abbia circondato della pubblica stima. Esso sopravvive, nei propri affari, alla privativa. Cessando questa colla morte del privilegiato, la fabbricazione diventa di diritto comune, ma gli eredi soltanto possono usare di quel nome che accredita la merce, perchè a quel nome è attaccato il vanto della invenzione (5).

90. Ma siccome in commercio possente moderatore dei fatti è la pubblica opinione, ac-

(1) All'esame della Corte di Parigi fu portata la questione, se potesse concedersi brevetto d'invenzione per la *revivificazione* degli ossidi di ferro che hanno servito alle epurazioni del gas; cioè quel fenomeno in virtù del quale questi agenti chimici, trasformati in sulfurei per l'epurazione, riacquistano le loro qualità primitive per l'assorbimento *spontaneo* dell'ossigeno aereo. E fu risposto negativamente (20 gennaio 1855, Lauciug e Cavaillon).

(2) L'articolo 6 della Legge del 1859 esclude nominatamente dal diritto d'invenzione e di privativa:

1º Le invenzioni o scoperte concernenti industrie contrarie alla legge, alla morale, alla sicurezza pubblica;

2º Le invenzioni o scoperte che non hanno per iscopo oggetti materiali;

3º Quelle semplicemente teoriche;

4º I medicamenti di qualunque specie.

(3) Questa materia è regolata in Francia dalla Legge del 28 luglio 1824, dalla quale in gran parte fu mutuata la nostra.

(4) Parigi, 13 marzo 1841, Royer contro Bertèche, ecc.

L'imitazione del nome, quando è atta ad ingannare i terzi, se non è sempre un delitto, può dar luogo ad azioni onde sia apposto qualche altro distintivo. Joel e Conte, fabbricatori di lapis, riproducevano nei propri la marca nominale *Conté a Paris*, fabbricatore accreditato dello stesso genere, colla sola differenza dell'accento sull'ultima vocale. Furono condannati dal Tribunale della Senna, 29 luglio 1828 (Blanc e Rendu).

(5) Gouget e Merger, vº *Marques de fabrique*; Rendu, nº 647.

Digitized by Google

cade tal fiata che un nome si è detto caduto per lungo e incontestato uso in dominio del pubblico, quasi acquistato al prodotto medesimo come designazione sua propria e, si direbbe, caratteristica. Ciò decise la Corte di Parigi nel 3 giugno 1843 in un affare *Spencer et Stubbs;* nomi per lungo corso di anni applicati a certe lime che con esso erano conosciute in commercio. Vi erano dei fabbricanti di quel nome; ma pare che i loro reclami giungessero troppo tardi.

Esco un momento dal tema dei nomi personali per insistere su questo punto interessante anche sotto il rapporto di semplici divise o marche di fabbrica apposte, come suolsi, ad oggetti di commercio.

Una decisione della Cassazione francese, del 23 marzo 1864 (*Journal du Palais*, pag. 917), cominciò dal fermare il principio, che la denominazione data da un fabbricante a un prodotto della sua industria, assomigliata ad una marca di fabbrica, costituisce una sua proprietà esclusiva. Ma scopo del suo giudicare fu piuttosto la limitazione seguente. Che tale denominazione non sia divenuta elemento usuale e, come a dire, necessario, della designazione, *e perciò caduta in dominio del pubblico* (1).

—

91. Anche il *nome dei luoghi* può considerarsi una preziosa proprietà commerciale.

Vi sono, riflette DALLOZ, prodotti industriali, manifatture, mobili, istrumenti, che acquistano da una città, da un paese, una riputazione che può chiamarsi *collettiva*. Che anzi quelle città o paesi, rinomati pel merito della fabbricazione, posseggono talvolta il privilegio o facoltà personale, *honoris causa*, di apporre alle loro produzioni emblemi, stigmi, marche speciali; non tanto per assicurare la celebrità della fabbrica, quanto per garantire al pubblico la provenienza di quelle merci, e difenderle dalle contraffazioni. In ciò non vi ha nulla di offensivo all'industria generale e alla libertà del commercio, non essendo tali distintivi un carattere del monopolio, e poichè a tutti rimane aperto il campo senza confine delle emulazioni industriali, ove città e nazioni possono combattersi stringendosi la mano e con reciproca utilità. La marca civica e collettiva non è la proprietà di un corpo, come a dire del municipio, ma piuttosto la proprietà di singoli fabbricanti in quella periferia, quantunque la deducano dalla società in cui vivono; aggiunta al proprio nome individuale e conosciuto, è una nota di credito di cui si valgono legittimamente a proprio profitto (2).

È nata difficoltà intorno alla enunciazione delle acque minerali artificiali. Indicare la sorgente, indicare le proprietà dell'acqua agli usi sanitari, con ciò può significarsi tanto il prodotto naturale che l'artificiale. Nata questione intorno alla facoltà di enunciare il nome del prodotto naturale preso dal luogo della sua origine (acque di Recoaro, di Vichy), è stato deciso potersi, ma con qualche addietto che faccia conoscere trattarsi di una composizione artificiale o imitazione (3). Domina in tutte queste previsioni il principio della buona fede, dei negozianti fra loro, e di questi col pubblico.

92. Debbo aggiungere che oltre le indicazioni nominative e le marche di fabbrica, in commercio sogliono usarsi altre caratteristiche, altri modi di designazioni delle merci, loro specie e qualità, meno espresse e, per così dire, meno eloquenti; considerate tuttavia pertinenze della proprietà e, come tali, giuridicamente protette contro le usurpazioni. Sono certe forme, certi colori, le *etichette*, gli *enveloppes* d'una data maniera, ecc. Segni così generici non possono obbligare gli altri negozianti a rispettarli ed astenersi dai consimili; la frode soltanto sarebbe punibile colla emenda dei danni ed interessi; il caso verrebbe sotto la teoria generale: chi reca danno altrui, deve risarcirnelo. Esiste però in giurisprudenza una distinzione fra il nome *necessario* del prodotto e l'*arbitrario*. Essendo quello nel diritto comune del linguaggio, non può limitarsene l'uso; altro sarebbe a dirsi dei nomi arbitrari e di fantasia, dei quali è feconda la immaginazione dei fabbricatori, sia per dare aria di novità a generi conosciuti, sia per eccitare i mobili capricci della moda col brio di un motto spiritoso; e come le frasi facciano fortuna al mondo, ve lo dirà l'ultimo libro del compianto nostro MANNO. È insomma una invenzione come un'altra, e appartiene allo in-

(1) Possono aggiungersi altre decisioni francesi Nancy, 7 luglio 1853; Cassazione francese, 24 dicembre 1855, 31 gennaio 1860.

(2) RENDU, *Droit. industr.*, nº 658, decisione della Corte di Rennes, 21 marzo 1839; Cassazione francese, 21 febbraio 1840.

(3) Lione 19 maggio 1841 (GOIN-EAUX DE SAINT-ALBAN).

Digitized by Google

ventore, siccome (il pensiero non è mio) appartiene all'autore il titolo dell'opera (1).

Ad evitare una facile confusione e prevenire litigi senza utile risultato, l'esperienza suggerisce ai fabbricatori di unirvi il proprio nome; e qui un altro consiglio bisogna aggiungere. Che il segno enunciativo del prodotto sia *aderente* all'oggetto o al suo continente immediato. Le designazioni sulle carte estrinseche, i prospetti, gli involucri (*enveloppes*), le cassette, ecc., provano meno, sono meno caratteristiche, e in pratica hanno dato luogo a distinzioni che io non posso partitamente enumerare.

È difficile stabilire come possa essere interdetto ad un negoziante valersi (a modo di esempio) di una forma particolare di vasi o bottiglie consuete ad altro negoziante; e poichè ogni soverchio rigore sarebbe dannoso alla libertà, si richiede qualche ulteriore e speciale caratteristica di cifre, rabeschi, vignette e via discorrendo, onde poter dire che vi è frode quando taluno si adopera d'imitare quei segni per guadagnare un po' del credito attaccato a tali quisquiglie. Vi hanno decisioni che imposero ad un negoziante di cangiare il colore dei *flacons* che colla struttura singolare del vaso era acquisito ad altro negoziante che faceva uno smercio abbastanza noto al pubblico (2).

Finisco con un'avvertenza tratta dalla decisione della Cassazione francese del 23 marzo 1864 (Vedi il nostro nº 90). Il diritto all'uso esclusivo di una denominazione commerciale non implica per colui al quale appartiene il monopolio del prodotto, nè ragione alcuna di privativa; vieta soltanto agli altri di usare della stessa denominazione o caratteristica nella vendita di quel prodotto che ad ognuno è lecito fabbricare.

—

93. È di una importanza forse maggiore in commercio il *diritto della insegna*.

Si comprende che l'insegna affissa ad un negozio, ad uno stabilimento commerciale, ancorchè non porti il nome del commerciante che vi risiede (designazione emblematica), diventa come il *nome proprio* di quel negozio o stabilimento che una volta fatto palese, altri non può arrogarsi. Si comprende pure che l'emblema deve avere un carattere di specialità, e quindi suscettivo d'imitazione fraudolenta: tale non sarebbe il nome della professione — *notaio*, *coiffeur* — ad ogni professionista comune. La insegna è l'onore dello stabilimento; il credito, il concorso, l'avviamento vi sono congiunti, più che alle brillanti esposizioni delle vetrine.

La insegna, eziandio emblematica, è così essenzialmente personale che può sino a un certo punto confondersi coll'uomo che l'ha elevata per distinguere il suo stabilimento da ogni altro. È un diritto che si trasmette volontariamente, ma legalmente intransitivo; la insegna si può oppignorare come un mobile, ma il pignoratario non può valersene a quell'uso. In una specie di locazione di un negozio commerciale si fece controversia se in forza della regola di diritto che tutto ciò che si unisce e s'incorpora alla cosa appartiene al proprietario di essa, il locatore, giunto il termine dell'affitto, potesse appropriarsi l'insegna perchè affissa al muro. Fu risposto affermativamente da una prima sentenza (3), ma quella decisione fu giustamente riprovata (4).

La insegna emblematica, personale finchè viene adoperata dal negoziante a simbolo del proprio commercio, perde il suo significato di relazione quando egli la smette; ed altri, a cui piace, può servirsene e inalberarla come nuncio di un diverso commercio. Il tribunale della Senna, avanti il quale simili questioni sono frequenti, giudicò (5) che distrutta per incendio la insegna, non fu lecito ad altro negoziante riprodurla, perchè conservata coll'animo da quello che aveva patito il sinistro, eccettochè, ristaurato il negozio, non avesse voluto assumerne una diversa, e l'altra abbandonare.

Chi entra nuovo è sconosciuto nel mondo commerciale, sente talvolta il bisogno di gonfiare un po' la insegna, mi si permetta la frase, con qualche ricordo onorevole, di parentado, di educazione artistica; dichiararsi fratello di *A.*, accreditato negoziante dello stesso genere, cioè di libri; o allievo di *B.*, celebre fabbricante d'istrumenti da fiato. Sarebbe vero ciò che disse una decisione della Corte di Parigi (29 agosto 1812, Follard contro Vilmorin, Rendu, nº 682): « l'indication sur l'enseigne

(1) Gastambide, nº 180 e seg.; Goujet et Merger, *Dictionnaire*, vº *Nom.* e seg.; Rendu, nº 670.

(2) Lione, 21 agosto 1831. Aggiungi Riom, 25 novembre 1832; Parigi 21 gennaio 1850; Douai, 30 marzo 1846, Dalloz xlvii, 2, pag. 105.

(3) Tribunale di Chinou, 13 aprile 1836.

(4) Orléans, 12 agosto 1836, Rendu, nº 678. Nello stesso senso la Cassazione francese, 6 xbre 1887.

(5) 11 ottobre 1827 (Jesson e Minot).

Digitized by Google

« du nouveau fabricant, du lieu de parenté, « soit qu'elle soit insignifiante, soit qu'elle « aie été faite dans l'intention d'en tirer avan« tage, est toujours préjudiciable à ceux qui « ont le droit esclusif de porter le nom de la « maison? » (1). Certo che in un commerciante ogni cosa mira *à en tirer avantage;* ma se non è in altrui danno e con frode, perchè non sarebbe permesso? (2) Uno dei criteri più generali è, che la forma della divisa o insegna potesse ingenerare una certa confusione a scapito di altro esercente che ha un diritto prevalente, se non di spiegare distintivi nominali, tali almeno da far concorrenza, per così dire, coi propri: come sarebbe se essendovi un successore singolare del negoziante *A. B.*, che tale si annunzia e ne continua la clientela, il figlio dello stesso *A. B.*, che però non succede al padre in questa negoziazione, ostentasse nella divisa la *qualità di figlio* per attirare concorrenti a danno del successore, giuocando sull'equivoco. Egli non direbbe che la verità; ma se vi si riscontri spirito di emulazione, anche il dire la verità gli sarebbe interdetto (3).

Noi vediamo spesso nelle insegne al nome proprio aggiunta la qualità di *successore di N. N.*, che è sempre un nome di buona fama in commercio. Questo titolo bisogna averlo acquistato legittimamente, mediante regolare cessione. Colui che per una ragione qualunque subentra nel posto del primo, non per ciò può annunziarsi il suo successore. È un titolo che in commercio ha il suo valore mercatabile, ed è stato giudicato che non può essere oppignorato e venduto insieme allo stabilimento di cui accresce il valore (4).

Così in varie guise si può far concorrenza ad altri negozianti coll'alzare delle insegne. Analogia di forme emblematiche e simboliche; identità o consuonanza di nomi; si è spinto persino il rigore a censurare l'imitazione dell'estrinseco apparecchio e delle decorazioni, e a dire che è il più temibile dei modi della concorrenza (5). Sarà: ma qual complesso di circostanze è mai necessario per costituire una realtà da provocare una censura giuridica!

—

94. *La cessione e vendita dei diritti della proprietà industriale* non è regolata da leggi particolari, ma può esser contrassegnata da certi effetti giuridici propri della loro speciale natura; i brevi cenni che vengo a darne non sono alieni dal tema, e il luogo è opportuno.

La vendita di uno stabilimento, di un fondo commerciale, fatta nel suo complesso ed universalità, tutto comprende, e il materiale e il morale dello stabilimento; l'avviamento, il credito, e quel simbolo d'onore che è la insegna quando rappresenta una riputazione stabilita, e la ben meritata pubblica fiducia. Il compratore acquista, senz'alcun dubbio, il diritto di usarne liberamente a profitto del proprio commercio.

Notevole conseguenza di tale cessione ella è che, non solo il cedente volendo continuare lo stesso commercio non può più riassumere quella pubblica divisa, ma si crede eziandio ch'esso non possa riaprire altro stabilimento dello stesso genere a poca vicinanza da quello venduto, e così animare una dannosa concorrenza, per il principio di diritto comune che al venditore non è lecito far cosa che rechi molestia, o renda meno utile il possesso, meno fruttuoso il godimento del fondo venduto.

Questa opinione è avvalorata dall'autorità di scrittori e decisioni (6); e si tien ferma dal caso in fuori che il cedente non abbia stipulata un'apposita riserva.

Io conosco che in particolari circostanze si è anche receduto dal sommo rigore, tuttavia non si può concedere che una tal massima si enunci come una conseguenza diretta della vendita di uno stabilimento commerciale, e se ne formi una teoria. Io credo bene che l'austerità del principio non sarebbe spinta sino a

(1) La proibizione assoluta di assumer qualificazione della parentela sembra ritenersi anche in altre decisioni (Tribunale di commercio della Senna del 4 marzo 1834 e 29 marzo 1863; Aix, 8 gennaio 1821, Cassazione francese, 26 giugno 1822).

(2) Con questo giusto temperamento di fatti si trovano altri giudicati (Parigi, 2 marzo 1839; Tribunale della Senna, 15 ottobre 1841; Bordeaux, 24 dicembre 1844; Lione, 21 marzo 1850.

(3) Osservazione di BLANC sopra un arresto del Tribunale della Senna del 1835.

(4) Corte di Parigi, 29 termidoro, anno IX, affare Derosne.

(5) BLANC, pag. 227. Questione se il Tribunale di commercio fosse competente, non già per titolo di *usurpazione d'insegna*, nel che la sua competenza è sicura (Bordeaux, 23 agosto 1851), ma nella conseguente azione del danno. E così pure si ritiene, perchè se l'emblema è la personificazione dello stabilimento, come si dice, il fatto non cessa di essere commerciale (GOUJET et MERGER, v° *Enseigne*.

(6) Caen, 28 giugno 1842; Montpellier, 30 aprile 1849; Parigi, 19 maggio 1849; Metz, 27 novembre 1821; Lione 28 agosto 1843; Montpellier, 26 luglio 1844 (RENDU, pag. 700).

Digitized by Google

ritenere che il venditore dello stabilimento, in omaggio della vendita che ha fatta, fosse tenuto a sopprimere un altro negozio dello stesso genere ch'egli tiene aperto a poca distanza sulla piazza medesima; perchè si dirà che il compratore lo conosceva. Ma sono forse compatibili colla libertà del commercio e coll'interesse pubblico siffatte restrizioni? Non di rado avviene che si venda un fondo per ragione di località, e colla intenzione, quantunque non espressa (e in commercio se ne intende facilmente la ragione), di acquistare un miglior edifizio, in posizione più favorevole, ove possa attingersi l'acqua di cui si ha difetto, ecc. Perchè non potrà farsi? Chi ci perde di più è l'interesse pubblico, che dalla gara acquista con miglior prezzo merci più perfette; del resto la concorrenza dell'industria, quando non si valga di mezzi artificiosi ed illegittimi, non può considerarsi come un'offesa, una molestia, *un trouble*, un attentato all'altrui proprietà. E dove sarebbe il confine di tali prescrizioni, quale sarebbe il raggio vietato al venditore? Nel modo con cui va adesso il commercio, con tanti mezzi di comunicazione, si fa concorrenza in ogni luogo. Un commerciante che ha venduto una fabbrica di panni a Livorno, ne istituisce un'altra a Genova infinitamente migliore; e inonda colle sue produzioni con altre cospicue città anche Livorno, e fa tacere o cadere in basso quella che il suo compratore vi tiene ancora; secondo il gretto principio ritenuto in Francia, e al quale io mi oppongo con tutte le mie forze, egli sarebbe tenuto a ristorare il compratore dei danni che gli arreca colla sua concorrenza!

95. Il valore del fondo commerciale è in ragion composta del capitale materiale e del credito. L'avviamento, la clientela, l'*achalandage*, è il simbolo vivo del credito che gode lo stabilimento. Che codesti elementi della proprietà industriale possano cedersi separatamente, io pure lo ammetto; la clientela, voglio dire, senza lo stabilimento, e viceversa. L'esercizio può esser mantenuto, ma traslocato; allora si comprende che la clientela può cedersi ad un amico che continua o assume un esercizio congenere alla stessa portata degli avventori o delle pratiche, come dicesi alla francese; e non può consistere fuorchè nella raccomandazione che il negoziante che si allontana fa a quei suoi corrispondenti affinchè si servano dell'amico, quasi facendogli una patente di credito. Ciò è possibile, ma l'atto deve considerarsi officioso, e non può essere, per quanto io penso, materia di corrispettivo altro che morale.

La cessione invece delle marche di fabbrica, dei disegni, divise, insegne o tutt'altro che serve ad accreditare o solo a far riconoscere un dato commercio, è permessa, ed ha un valore materiale di cambio come qualunque altro oggetto che vendesi a prezzo (1).

La cessione del *nome*, se tale può dirsi, suole accompagnare quella della negoziazione non per modo implicito e come necessaria, ma quale complemento della cessione medesima in senso di utilità (2). La cessione pura e semplice del nome viene tassata d'immoralità. « La « cession du nom est invariablement proscrite « (dice Blanc) commercialement parlant, quand « elle est le but unique ou principal du con« trat entre le vendeur et l'acheteur. Ces « sortes de ventes sont toujours empreintes « d'un caractère frauduleux, et l'acquisition « isolée d'un nom n'a pour but que d'élever « une déloyale concurrence » (3).

Ma la cessione del nome, eziandio accessoria ad un commercio in altri traslato, non è perpetua, abdicativa, irrevocabile. Senza bisogno di patti o riserve, è sottinteso che l'abuso che altri ne faccia, dà a noi diritto di ritirarlo, diffidando il pubblico e disdicendo una facoltà che non può mai esporci a veruna conseguenza dannosa per fatto del nostro fiduciario. In effetto, questa che è la più preziosa delle umane prerogative, non è a rigor di parola alienabile. Niuno può impunemente trascinare nel fango il nostro nome, quantunque divenuto in altrui mano una specie di istrumento di credito e un emblema di commercio. Raro è che la cessione del nome sia a tempo indefinito, o se tale fosse, la dottrina insegna che il magistrato può assegnare un tempo sufficiente a determinare, per così esprimermi, la corrente della clientela a favore del nuovo esercente (4), supposto ch'egli faccia opera di meritarla: vantaggio di cui può esser privato tostochè se ne renda indegno.

---

(1) Dalloz, v° *Industrie*, num. 267 e 268.

(2) Un albergatore d'antico nome e credito non solo cede a quello cui ha venduto l'albergo il diritto dell'insegna colla consueta denominazione, ma permette eziandio di serbarvi, sino ad un certo tempo, il proprio nome dipinto, come se nessuna variazione fosse avvenuta.

(3) In questo senso il Tribunale della Senna, 11 agosto 1828 (Galtambide, n° 408; Rendu, n° 704).

(4) Blanc, p. 189; Dalloz, v° *Industrie*, n° 263; Rendu, n° 705.

96. Ci siamo alquanto estesi su codesta materia perchè interessa direttamente il commercio, e può dar luogo a controversie pratiche di non lieve importanza. Il discorso dev'esser più breve rapporto alle altre forme della proprietà che concerne più presto il lavoro della mente che della mano; l'opera dell'ingegno, anzichè quella dell' industria propriamente detta; e da noi non accennato che per farne risaltare la differenza. Noi ci allontaniamo già dal soggetto, benchè i confini della ragione commerciale ci rimangano, a così dire, ancora in vista; la nostra deviazione sarà la minore possibile.

97. Bisogna lasciar da parte ogni ricerca trascendente: del resto sarebbe inutile per noi uomini del diritto positivo. Anche la recente Legge sui diritti di autore (25 giugno 1865) è passata attraverso alle solite difficoltà metafisiche ed alle solite esagerazioni. Ma ciò che vi ha di utile, di reale e di pratico, ha trionfato anche questa volta (1). Il nome di *proprietà* è stato conservato, come si doveva, nel tempo stesso che si è dovuto riconoscere di una natura particolare e sottoposta a certe modalità e restrizioni (*V.* sopra, n° 86). La legge si divide in questi punti principali: 1° stabilisce che l'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare la sua opera; 2° percorre i modi della pubblicazione in quanto si eseguisca per mezzo della stampa o di rappresentazioni (drammi musicali, commedie), o discorsi parlati (lezioni, aringhe); 3° esercitato il diritto primario della proprietà dell'idea, che è quello della sua pubblicazione, tutto sarebbe finito, perchè l'idea, come la parola lanciata nel pubblico, può essere afferrata da chiunque: ma quando il modo della manifestazione è stabile e permanente, gl'istrumenti della manifestazione (libri, stampe), formano una proprietà materiale, gravata della spesa della produzione, ma che rimane di diritto naturale all'inventore. Il diritto della pubblicazione si estende ai fatti successivi dello stesso genere, e in ciò consiste la importanza reale del privilegio. Appartiene all'autore la riproduzione, ed egli può vegliare altresì alla trasformazione della propria idea in altra lingua (traduzione) per quanto lo scrittore straniero possa esservi tenuto per conformità o reciporcanza di leggi. Ivi è la base di un'azione che comprime l'altrui libertà, e si risolve in un diritto d'indennizzazione, che in certi casi ha ricevuto una estensione favolosa (2). Ivi pure è la base di una facoltà di pignoramento o spropriazione, della quale anche ragiona la Legge del 1865 (capo II); argomento degno di esame, ma del quale ora non possiamo occuparci.

Non osserveremo la posizione dell'autore se non dal momento in cui il diritto della pubblicazione finisce di appartenergli per la cessione che ne ha fatta, ossia nel punto di vista industriale.

È sempre ad un editore di professione che l'autore cede il suo manoscritto, e quindi il diritto della pubblicazione (3) dipende dai patti. Talvolta è un prezzo determinato; tal altra è una società fra l'autore e l'editore: società che non ha nulla di commerciale, benchè se ne realizzino i prodotti per mezzo del commercio che l'editore se ne propone. È stato deciso che il possesso del manoscritto vale titolo all'editore, come vale titolo il possesso del mobile; regola che vuolsi estesa a questo caso (4).

Mi occorre osservare che la stessa norma non approda per le *lettere missive*. Se la pubblicazione è lo scopo, per lo meno presunto,

(1) « Heureusement nous n'avions pas à vous déférer une question de pure métaphisique » diceva il Ministro di commercio di Francia nella Camera dei pari alla seduta del 10 gennaio 1843. Egli riguardava la legge ch'era allora in progetto, come una specie di *transazione legale* a conciliare l'interesse dell'autore colle giuste esigenze del pubblico, che cominciano là dove l'autore, al pari dell'artefice, gli ha lanciato la propria idea, e staccandola da sè, l'ha resa comune.

(2) Osservo di passaggio che mentre non è permessa una successiva edizione dell'opera senza il consenso dell'autore, non può essere vietato il riprodurla colla giunta di un commentario, chè sarebbe in effetto un nuovo lavoro di cui lo stesso commento potrebb'essere la parte principale.

(3) Se più sono gli autori, si richiede il consenso di tutti, purchè il loro nome sia enunciato nell'opera. I collaboratori occulti possono avere dei diritti verso l'autore, ma non sono protetti dalla legge della proprietà letteraria. Non intendo dire con questo che l'autore di un'*opera anonima*, o coperto sotto un'anagramma o sotto un pseudonimo, non abbia i diritti di ogni altro autore (GALTANSIDE, n° 32, RENOUARD, n° 107). Vi sarebbero molte considerazioni a fare; ma io mi fermo a questo cenno.

(4) Corte di Parigi, 13 novembre 1841 (Broussais), MERLIN, *Répert.*, v° *Donation*, § 4, sull'affare molto noto in quel tempo del manoscritto Chenier. — Vedi RENOUARD, nella celebre sua opera *Sulla proprietà letteraria*, tom. II, n° 166 e seg.; BLEDU, n° 781; LACAN, n° 671.

L'applicazione della stessa regola alle opere postume è dovuta al decreto del 1° germin., an. XIII.

Digitized by Google

di un manoscritto venuto in mano di un editore, la lettera serba il suo carattere confidenziale, benchè nel dettato manifesti una certa pretensione politica o letteraria; per cui una delicata teoria, alla quale io mi associo volontieri, reputa che non sia lecito pubblicarla senza il consenso dell'autore, quantunque già diretta a colui che la possiede (1). Sento tuttavia che bisogna risalire al principio.

Una lettera trasmessa è certo in proprietà del destinatario e non più del mittente. Se questa lettera porta delle confessioni, delle obbligazioni, delle rivelazioni fors'anche, e queste non riguardino terzi, e quindi la lettera non abbia carattere di confidenza rimpetto al missario, egli potrà valersene e produrla in giudizio, posto che abbia interesse di farlo. Questo medesimo interesse morale gli dà diritto a stamparla. Ciò che cade in disputa è soltanto se ne possa fare pubblicazione in una forma qualunque a scopo di speculazione e di lucro a guisa dell'editore di un manoscritto, o puramente ad omaggio, per così dire, dell'autore, perchè la sostanza o il dettato si crede meritevole di stampa. Se non può farlo senza il consenso dello scrivente, come pure io credo, convien trovare la ragione di questo limite del diritto di proprietà, che si è detto già trasmesso alla persona a cui la lettera fu diretta. Egli è che il *diritto della pubblicazione*, nel rapporto d'opera d'ingegno, rimane sempre nell'autore, se a questo fine non l'abbia ceduta; ne segue che il diritto di proprietà nel missario della lettera non è perfetto: non è a *tutti gli effetti possibili*, oltre quelli cioè che sono ordinari e naturali al possesso di una lettera. Nasce dalla presunta volontà dello scrittore di non aver voluto investire altri di una facoltà che può compromettere la sua riputazione, non ponendosi nelle scritture confidenziali lo studio che si deve a quelle che sono destinate, come dicono, a veder la luce; o perchè l'autore non voglia comparire in pubblico con quelle opinioni, o in nessun modo.

---

98. I diritti e gli obblighi reciproci degli autori e degli editori possono tracciarsi in poche parole. Se il manoscritto non è interamente in mano dell'editore al cominciare della pubblicazione, l'autore lo verrà rimettendo a norma dei patti, secondo i bisogni della pubblicazione; e patti espressi non esistendo, dovrà serbare all'opera il suo carattere; interdirsi qualunque fatto nocivo all'interesse del suo editore. Ma il suo obbligo *è forse circoscritto alla persona dell'editore medesimo?*

La questione non è nuova: e lasciate da parte le singolari circostanze dei casi, la giurisprudenza si è fatta a distinguere fra le opere già pubblicate (e ne mantiene il diritto agli aventi causa dall'editore) e quelle in corso di pubblicazione (2). Se l'autore ha affidato il suo lavoro a una casa editrice, a uno stabilimento, a un corpo morale insomma, e non a determinata persona, è chiaro che la morte o la cessazione del commercio di un individuo, fosse pure il capo dello stabilimento, non disobbliga l'autore. Ma si sostiene risolversi la convenzione al fallimento dell'editore (3). È difficile comprendere come l'editore fallito possa continuare la pubblicazione; e ciò non può essere che nel rapporto dell'amministrazione del fallito che stimasse convenire all'interesse dei creditori di continuare i lavori in corso.

Si adduce, a motivo della rescissione, che il fallimento dell'editore può portare un certo discredito sull'opera; e non mi sembra un motivo serio. La questione, secondo me, si deve decidere nel vero e reale interesse dell'autore. Noi abbiamo supposta la cessione del manoscritto; e non sa vedersi come il diritto di stampare un'opera non sia trasmissibile da persona a persona come ogni altra proprietà patrimoniale, semprechè il successore mantenga i patti convenuti e di corrispettivo all'autore e di bontà dell'edizione. Se il fallito, in tempo opportuno, ha ceduta l'edizione ad altra casa, o se l'amministrazione del fallito conserva lo stabilimento tipografico, non intendo di che mai abbia a dolersi l'autore.

Vi è però un caso nel quale l'autore può sciogliersi d'impegno in vista del fallimento; ed è qualora abbia fatto coll'editore un contratto sociale, e così si rientra nelle disposizioni del diritto comune (articolo 1720, nº 4, del Codice civile).

99. L'editore dalla natura stessa del suo contratto ha le seguenti obbligazioni: 1° non può cangiare il manoscritto, riformarlo, introdurvi modificazioni benchè riconosciute necessarie, senza il consenso dell'autore. Il diritto di opporsi a qualsivoglia mutazione del manoscritto passa agli eredi, quantunque sca-

---

(1) Rénouard, tom. II, nº 169; Blanc, p. 320; Corte di Parigi, 10 dicembre 1850.

(2) Rénouard, *Droits des auteurs*, nº 118.

(3) Rendu, nº 702; Gastambide, num. 119; Rénouard, tom. II, pag. 322.

duto il privilegio personale (1); 2° l'editore deve mantenere il titolo dell'opera, il nome dell'autore, l'ordine più o meno importante dei collaboratori, così come furono segnati; il formato; la modalità della pubblicazione; non sostituendo, per esempio, a volume completo la distribuzione per fascicoli (2); 3° non può oltrepassare il numero pattuito delle copie destinate al commercio (3). Se si è fatto un contratto sociale fra l'autore e l'editore, si aggiungono obblighi particolari a questo genere di rapporti, fra i quali di non pubblicare altra opera da suscitare una concorrenza dannosa all'interesse dell'autore (4).

100. L'azione derivante dalla violazione della proprietà letteraria, per conseguire le dovute indennità, generalmente parlando, è civile, non commerciale; poichè l'autore non fece atto di commercio. L'azione è forse conversa in commerciale ogni volta che il convenuto è un commerciante? Ciò è stato detto (5); ma non può ammettersi, secondo la nostra legge. I fatti di contraffazione cadono talvolta sotto la giurisdizione correzionale; la materia sfugge in ogni caso alla commerciale. E la giurisdizione si trae sempre dalla materia, siccome diremo a suo luogo, anche fra persone commercianti. Se non che messo da parte l'autore che ha ceduto il manoscritto della sua opera, e ceduto a sua volta il diritto della pubblicazione da un editore commerciante ad altro commerciante, può sorgere tra essi controversia, e allora non si dubita della competenza commerciale (6). Si comprende che quantunque l'editore sia un commerciante (7), non fa atto di commercio acquistando direttamente dall'autore, perchè la convenzione desume il suo carattere dai particolari rapporti che si vengono formando fra l'uomo di lettere e colui che continua, a così dire, l'opera sua, col pubblicarla. Ma se il manoscritto passa da un cessionario qualunque commerciante ad altro commerciante che compra coll'intendimento di mandar l'opera in luce per farne i suoi traffichi, egli si trova precisamente nella combinazione dell'articolo 2, n° 1; il manoscritto come ogni altro lavoro d'arte, allontanato vieppiù dal suo autore nel secondo passaggio; smarrita, in certo modo, la sua origine intellettuale, diventa una merce come un'altra, e ognuno dei contraenti s'impegna semplicemente per ragione di commercio.

—

101. Della *proprietà artistica* ci restringeremo a dire che il privilegio consiste similmente nel diritto della riproduzione dell'opera. Il quadro, la statua, appartiene al suo autore; chi ne dubita? Ogni modo di possesso e di godimento gli appartiene del pari per diritto naturale: l'esposizione del quadro, della statua, se non offenda la pubblica decenza, è una manifestazione non diversa da quella che l'uomo fa dei propri pensieri col mezzo del di-

(1) PARDESSUS, *Droit. commerc.*, n° 360. RENDU (num. 796) esprime assai bene la moralità di questo principio: « Les héritiers, gardiens naturels et « légitimes d'une réputation, qu'est le patrimoine « de la famille, seraient toujours recevables, n'eussent-ils pas aucun droit pécuniaire sur l'ouvrage « à réclamer contre l'abus d'un nom qu'ils ont « non seulement le droit, mais le devoir de dé- « fendre ».

Due altre osservazioni importanti mi sia permesso cumulare in questa nota.

Noi abbiamo assistito alle più violenti mutazioni politiche. Ciò che ieri era permesso di stampare, oggi può esporre ai più gravi pericoli. L'editore col suo manoscritto, a metà stampato, può trovarsi colpito da tali circostanze. È per vera forza maggiore che la stampa non può continuare: l'editore potrà sciogliersi dalla convenzione. L'opera potrebbe continuare in qualche altro caso con certe note e modificazioni. L'editore tuttavia non può metterci mano: dovrà interpellare l'autore e i suoi eredi, e solo pel loro rifiuto sarà autorizzato ad abbandonare la stampa.

Quando si tratta di *collezioni*, *raccolte* e scritti per giornali (enciclopedie, vocabolari, ove si divide fra molti il lavoro) l'autore non è senza dipendenza dal capo o direttore, che ha la missione di mantenere l'unità e l'armonia delle parti all'indirizzo dell'opera e in relazione al proprio programma, onde può fare le modificazioni a quest'uopo necessarie (Corte di Parigi, 12 gennaio 1818, 20 gennaio 1853, SIREY, LIII, 2, pag. 761). Ciò principalmente quanto alla distribuzione ed all'ordine. Credo ancora che alcune brevi riforme siano permesse al capo o direttore, qualora l'articolista o l'appendicista lavori realmente sotto la sua direzione. Lievi, dico; poichè egli potrà bensì rifiutare l'articolo, ma non cangiarne la sostanza o notabilmente la forma ogni volta che l'articolo porti il nome del suo autore, e non sia piuttosto un tributo innominato alla collezione, e quasi lavoro fatto in comune.

(2) RENDU, num. 798; RENOUARD, num. 187, 188.

(3) Semprechè sia stato pattuito.

(4) RENOUARD, tom. II, num. 183.

(5) RENDU, *Du droit industriel*, num. 830.

(6) RENOUARD, num. 243; RENDU, num. 830.

(7) Non perchè editore, ma perchè vende e commercia i prodotti delle sue edizioni.

Digitized by Google

scorso. Ciò che vi può essere di speciale e di ordine privilegiato è il diritto esclusivo della riproduzione. Ma vede ognuno quanto diversifichi da una riproduzione letteraria. Il pensiero dello scrittore si esprime nella forma comune e convenzionale del linguaggio; la pubblicazione, nel senso più esteso della parola, esige il concorso di un'altra arte, del meccanismo tipografico, che una volta composto il libro, può collo stesso mezzo meccanico formarne un altro. Di qui la proibizione che, in aspetto puramente negativo, costituisce la proprietà letteraria; ma il pensiero dell'artista si esprime colla stessa opera d'arte. Se mi è permessa la frase, non è qui il meccanismo che ruba il pensiero: ma si tratta di una vera imitazione dell'opera che, meno la creazione, esige un lavoro artistico non meno abile, e insomma un'altra opera d'arte capace di simulare l'originale. Nè può essere ragionevolmente vietato senza pregiudizio dell'arte stessa, ogni volta che il lavoro originale è sfuggito dalle mani del suo autore. La moltitudine delle copie accresce, può dirsi, il valore e il pregio dell'originale: la differenza essenziale esiste sempre nel giudizio dei conoscitori, e dopo tante imitazioni niuno ha ancora perduto di vista un quadro di mano del Tiziano e di Raffaello.

Ponendo fine a questa dissertazione, ci fermeremo piuttosto sulla così detta proprietà delle opere drammatiche e musicali, la esposizione delle quali può dar luogo a questioni interessanti il commercio, ed è regolata dalla citata Legge del 1865.

Per tali opere la pubblicazione si manifesta in doppio modo, colla impressione litografica o tipografica, e colla rappresentazione. Quanto alle opere musicali da eseguirsi vocalmente, vi ha una specialità che merita ricordo. Essendo la musica accompagnata dalle parole, la proprietà di codesti due differenti lavori, quali sono il *libretto* e la musica, non può esser che rispettiva (1), perchè in effetto non si associano che nel momento della esecuzione. Nasce allora una vera indivisibilità nell'ordine dei mezzi, non necessaria ma occasionale, e per ragione del fine subordinata, checchè se ne dica, alla esecuzione musicale. L'integrità del componimento drammatico, per quanto si presenta alla lettura, non può essere alterata; l'autore si giudica su quello, ma la musica ha le sue esigenze che alcuno chiama tiranniche; infine lo spettacolo non è di recitazione, ma di musica e di suoni, e il maestro è padrone di tutti i suoi mezzi. Egli non trasforma le parole e le frasi, ma può aggiungere e sopprimere nell'insieme; il vario talento dei suoi artisti, il bisogno di completare l'effetto musicale, il gusto non sempre uniforme del pubblico, circostanze straordinarie, possono suggerirgli simili variazioni senza offendere la suscettibilità del poeta, poichè sono a lui raccomandate dalla propria sua arte e dall'interesse del fine (2).

La rappresentazione in teatro è all'opera drammatica e musicale ciò che è la stampa ad un'opera letteraria. Finchè dura nell'autore il diritto di proprietà guarentito dalla legge, come dipende da lui impedire la rappresentazione, così egli è nel pieno suo diritto che la rappresentazione si eseguisca intera, non guasta o mutilata, benchè non possa vietare, io credo, le interposizioni di balli e altri intermezzi vocali o istrumentali, sotto colore che ne scapiti l'effetto del suo proprio lavoro. Ma ciò dicesi di una vera e propria rappresentazione teatrale, a guadagno; e non di private, gratuite, o con invito personale (3). Vi ha persino chi crede che le società filarmoniche non possono eseguire dei pezzi staccati da qualche opera d'autore vivente, se non col suo consenso (4).

Potrà intromettersi in questi o in casi analoghi la giurisdizione commerciale?

L'autore che cede il suo lavoro drammatico o musicale per la rappresentazione non fa atto di commercio per le ragioni tante volte dette. L'atto in se stesso non ha nulla di commerciale, neppure dal lato del compratore. Ma la legge ha detto che le *imprese dei pubblici spettacoli* sono atti di commercio. Se di

(1) Cioè distinta: l'autore della poesia, detto anche *delle parole*, in segno del poco pregio in cui si hanno sfortunatamente tali lavori, ha i suoi diritti per impedire la ristampa, non meno che l'autore della musica rispetto alla rappresentazione.

(2) V. la sentenza dell'11 maggio 1833 del Tribunale correzionale della Senna (*Gazette des Tribunaux*, 18 maggio suddetto, Renouard, num. 818). In quella specie però si trattava di esecuzione meramente istrumentale.

(3) Invero ciò molto dipende dalle circostanze speciali; e siccome siamo in tema nel quale molto si valuta il fatto intenzionale, lo scopo evidentemente emulativo e dannoso all'autore può esser represso.

(4) Lacan, num. 639. — V. sentenza del Tribunale di commercio di Nancy, 12 maggio 1851 (*Gazette des Tribunaux* del 1° giugno detto anno.

spettacoli pubblici è impresario colui che acquista il dramma o l'opera dalle mani dell'autore, fa evidentemente atto di commercio come scritturando artisti di canto a rappresentarla. Quindi, e per le azioni dirette al pagamento del prezzo, e per quelle che riguardano l'inadempimento o la violazione del convenuto, la giurisdizione commerciale è indubitata per l'art. 723 del nostro Codice. Ma dovrà ugualmente concludersi rapporto a quelle azioni che tendono a reprimere la violazione della proprietà dell'autore, in forza della legge o dei principii generali di ragione, e non per virtù di convenzione che non esiste? In simili casi la controversia appartiene al tribunale civile o correzionale. È sempre la convenzione, espressa o tacita, che costituisce nella specie determinata la giurisdizione di commercio. Il contravventore è un commerciante, ma nel fatto vietato non agì come tale.

TITOLO II.

DEI LIBRI DI COMMERCIO

Articolo 16.

Il commerciante deve tenere un libro giornale che presenti giorno per giorno i suoi debiti e crediti, le operazioni del suo commercio, le sue negoziazioni, accettazioni o girate di effetti, e generalmente tutto quanto riceve e paga per qualsivoglia titolo, oltre la dichiarazione mese per mese delle somme impiegate per le spese della sua casa, e ciò indipendentemente dagli altri libri che sono d'uso nel commercio, ma non indispensabili.

Deve anche conservare in fascicoli le lettere e i telegrammi che riceve, e copiare sopra un libro le lettere e i telegrammi che spedisce.

Articolo 17.

Il commerciante deve fare in ciascun anno un inventario de' suoi beni mobili ed immobili, debiti e crediti di qualunque natura e provenienza, e deve copiarlo d'anno in anno e firmarlo sopra un libro a ciò destinato.

102. *Del libro-giornale. Importanza delle date. Se debba contenere tutti i fatti economici anche non relativi al commercio.*
103. *Dei libri non indispensabili.*
104. *Come niun commerciante sia esentato dalla tenuta dei libri, neppure il commerciante al minuto.*

102. È questa una delle più gravi obbligazioni annesse alla professione del commerciante. Dell'avere trascurata la tenuta dei suoi libri egli sentirà il fiero contraccolpo nei giorni tristi del suo fallimento, di che lo ammoniscono gli articoli 701, n° 6, e 703.

Il libro-giornale è la storia particolareggiata della vita economica del commerciante di giorno in giorno, d'ora in ora. Si divide sostanzialmente in due parti. Annotamento di tutto ciò che si riscuote e si paga (*cassa*): *per qualsivoglia titolo*, dice il testo; comprende le somme dotali, i profitti pecuniari di una successione, di una donazione, di un colpo fortunato di giuoco. Le *spese della casa* (della famiglia o della casa commerciale), si notano a mese, non

Digitized by Google

a giorno: fra queste ultime gli stipendi degli impiegati. L'altra parte del giornale (che però deve correre senza interruzione, secondo l'ordine naturale degli avvenimenti) contiene le *operazioni di commercio* e le *negoziazioni*: quelle persino ch'egli fa in qualità di mandatario, giusta una dottrina della Cassazione francese (1). Ciò è di gran rilievo sì nell'interesse dello stesso commerciante che dei terzi: la nota delle operazioni avrà qualche valore come prova del fatto, ne avrà uno più riflessibile per la sua *data*. Oh, le date sono la storia, e non solo esprimono la successione degli avvenimenti, ma eziandio il grado d'importanza che hanno: le relazioni nascenti dall'ordine dei tempi dânno ai fatti la fisonomia, lasciatemi dir così; il carattere, la ragione sino a un certo punto della loro esistenza! Il prima e il poi, per chi crede nella filosofia della storia, è qualcosa di provvidenziale: ciò, se non fosse altro, prova che le date sono affare di gran momento. Una operazione di commercio fatta in un tempo anzichè in un altro, è la stessa quanto agli effetti suoi propri; ma nel punto di vista di quella ordinaria prudenza che si ha diritto di esigere dal commerciante, e in quello della sua lealtà e buona fede, diversifica assai. Vi ha veramente una saggezza profonda in questa istituzione.

Ciò che può rimaner dubbio si è, fin dove si estenda cotale obbligazione che la legge sembra restringere alle operazioni di commercio. Devono anche scriversi i fatti portanti diritti od obbligazioni puramente civili? Oggi il commerciante, che è pure un proprietario, dà in affitto le sue terre o la sua casa; domani per ufficio d'amicizia assume una malleveria affatto civile. Codeste transazioni, quantunque estranee al commercio, possono avere notevole influenza sull'andamento degli affari; ma bisognerebbe aggiungere alla legge per costituirne un obbligo effettivo; del resto come tutto va a ridursi in cifre, in pagamenti e in riscossioni, quelle convenzioni, non denunciate giorno per giorno, compariranno sotto la forma del risultato; e allora il commerciante dovrà ben dichiarare il titolo del pagamento o della riscossione: più tardi farà l'inventario annuale, e l'abbaco, per così dire, della sua sostanza verrà compitato; messo sott'occhio; e se non ama di porsi in una posizione ben pericolosa, non potrà nulla nascondere (2).

103. Tre pertanto sono i libri essenziali al commerciante: il giornale, il copia-lettere e telegrammi, l'inventario. L'articolo 16 parla di altri libri *che sono d'uso nel commercio*, ma non indispensabili (3). La legge non può avere senza un perchè accennato ai libri *non indispensabili*. La mancanza di questi libri non produce un effetto dannoso *determinato* e dichiarato a carico del commerciante. Egli può trovarsi in piena regola in faccia alla legge, e da questo lato aver compito l'obbligo suo. Ma la prudenza consiglia il commerciante non solo di valersi di tali sussidi e mezzi di una buona amministrazione, ma ancora di conservarli per farne corredo, quando che sia, ai libri legali. La sua diligenza non andrà perduta. O la sua condotta amministrativa, o la lealtà della scritturazione siano oggetti di censura, egli avrà buon argomento nell'attenzione e nell'assidua cura che mostra di aver prestata ai propri affari.

La Corte di Caen andò più oltre su questo argomento: « Considérant qu'encore le Code « de commerce ne désigne pas nominativement, quant aux livres qui doivent tenir les « commerçants, un livre d'enregistrement et « de numeros d'ordres, ces livres sont cependant implicitement compris dans ceux qui « doivent contenir les négociations, acceptations et endossements d'effets, et généralement tout ce qu'est reçu et payé, et que « d'ailleurs, dès qu'il est évident qu'il en a « été tenu de cette espèce, leur représentation peut être ordonnée » (4). Ma io temo che questa dottrina possa dirsi esagerata; la rifiutò infatti la Corte di Parigi (2 agosto 1843, *Journal du Palais*, II, 382). Io credo di averla ridotta ai suoi veri limiti.

104. È anche da osservare se il piccolo mercante, fissato sul trivio, o ambulante con tutto il suo capitale contenuto in una cesta di vimini, sia soggetto alla tenuta dei libri. Giova rammentare ciò che disse a questo proposito la Commissione sul progetto del Codice francese, che vale risalire all'origine: « Il faut « qu'il (mercante al minuto) écrive sur son « livre les objets qu'il achete à terme, com« me ceux qu'il vende à crédit; les premiers

(1) 24 dicembre 1835, *Journal du Palais*, 1836, vol. I, pag. 371.

(2) Alcuno ha creduto che niun fatto economico del negoziante possa escludersi dal registro (Dageville e Azuni, *Libri mercantili*, § 7, aggiunta Ricci, Cassazione francese, 25 nevoso, anno X).

(3) Sono libri d'uso il *mastro* (*grand-livre*), il libro di cassa, quello delle scadenze, delle tratte ed accettazioni, lo spiegazzo, scartafaccio (*brouillard*), ecc.

(4) Caen, 28 giugno 1828, procès-verbaux, 15 gennaio 1807, Locré, tom. XVII, pag. 179.

« pour connaître les échéances des paiements « qu'il doit faire; les secondes pour faire ses « recouvrements. Les objets qu'il vend et qui « achete en comptant doivent aussi être por« tés chaque jour en recette ou dépense: voilà « tout ce que la loi lui ordonne, ou plutôt ce « que tous ont soin de faire, sans qu'on lui en « impose l'obligation » (*Analyse des observat. des tribun.*).

Ciò adunque che si vuole dal piccolo commerciante di dettaglio è il *suo libro-giornale*. Perchè questo? Perchè è il solo al quale si presenta l'indole del suo commercio e lo stato della sua fortuna. Egli che non ha corrispondenze, non può esser tenuto al copia-lettere e alla collezione telegrammatica. Egli che non possiede nulla, non può compilare degli inventari. Se può tenere un giornale, deve tenerlo esatto, nitido, regolare e secondo le prescrizioni dell'articolo 20. Benchè non munito di altre formalità, il giornale gli renderà il migliore servigio, facendo prova contro altro commerciante che gli negasse il debito. Ma la vita del commerciante *si legge*, come ora dicesi, quando egli cade in fallimento: ed è sempre allora che la questione della tenuta dei libri diventa seria. Per poter fallire, bisogna aver avuto del credito; e allora non si è più un meschino rivendugliolo: si ha qualche cosa: si ha un negozio più o meno attraente: si ha una casa non ignuda di mobili: qualche capitale: allora si scrivono delle obbligazioni con realtà o forma cambiaria: allora insomma occorrono gli altri libri. E niun commerciante, per quanto di umile origine ed esercizio, potrebbe infine difendersi dalla bancarotta allegando questa ragione. Ora si vede chiaro perchè la legge non distingua e non esoneri alcuno che faccia professione di commerciante, sebbene colui che non esercita che il cambio minuto e diurno, per così dire, possa non aver bisogno che di un conto-giornale che faccia fede della sua qualità di galantuomo.

Articolo 18.

I tre libri suddetti, prima di essere posti in uso, sono numerati e firmati a ciascun foglio da un giudice del Tribunale di commercio o dal pretore della residenza del commerciante; nell'ultima pagina di ogni libro sarà dichiarato il numero dei fogli che lo compongono, e a questa dichiarazione il giudice o pretore apporrà la data e la firma, il tutto senza spesa.

Il libro giornale sarà presentato una volta all'anno al Tribunale di commercio od al pretore, e sarà senza spesa vidimato immediatamente sotto l'ultima scrittura.

Articolo 19.

Nei Tribunali di commercio è tenuto un registro in cui sono indicati i nomi dei commercianti che hanno presentati i libri, la natura di questi e il numero dei fogli firmati: lo stesso deve farsi per le annuali vidimazioni dei libri giornali.

I pretori che hanno firmati o vidimati i detti libri, debbono in ogni anno trasmetterne nota al Tribunale di commercio.

Articolo 20.

I libri suddetti sono tenuti per ordine di date, di seguito, senza alcun spazio in bianco e senza trasporti in margine. Non possono farvisi abrasioni; essendo necessaria qualche cancellazione, questa deve operarsi in modo che le parole cancellate siano tuttavia leggibili.

Articolo 21.

I libri di commercio tenuti regolarmente possono essere ammessi in giudizio per servire di prova tra i commercianti in materia di commercio.

Digitized by Google

Articolo 22.

I libri che i commercianti sono in obbligo di tenere, e pei quali non si sono osservate le formalità stabilite, non possono essere prodotti nè far fede in giudizio a profitto di quelli che li hanno tenuti, salvo ciò che è disposto nel Libro III di questo Codice.

Articolo 23.

Tutti i libri dei commercianti, in qualunque modo tenuti, fanno prova contro di essi; ma quegli che vuole trarne vantaggio, non può scinderne il contenuto in ciò che gli è contrario.

105. *Del vario ufficio probatorio dei libri commerciali. Necessità della loro perfetta regolarità per essere ammessi in favore del tenitario.*
106. *I libri, quantunque regolari, non provano fuorchè le operazioni relative al commercio.*
107. *Che i libri regolarmente tenuti possono valere come prova semipiena anche all'effetto del giuramento suppletorio contro non commercianti.*
108. *Sistema probatorio determinato negli articoli* 21, 22, 23.

---

105. Prescrizioni che riguardano l'estrinseco e l'intrinseco dei libri sono sparse in codesti articoli. La mano quando traccia la verità, è franca e sicura. Gli sconci notati e condannati dall'articolo 20 sono pessimi indizi. Ognuno sente che poca fede potrebbe darsi a siffatte scritturazioni. Ma le forme estrinseche sono forse egualmente sostanziali? Disposizioni antiche poichè ne troviamo di somiglianti in Francia sotto la Ordinanza del 1673 (Tit. III, art. 3): ma sappiamo ancora da JOUSSE, il commentatore dell'epoca, che in giudizio non si faceva molta attenzione all'osservanza di tali formalità quando il libro offrisse dei caratteri intrinseci di veracità, e per conseguenza si ammetteva alla prova, e se ne teneva buon conto eziandio in giudizio di fallimento. Io posso attestare di paesi e tempi più vicini, nei quali si badava poco se i libri fossero *visati*, come si diceva, dal giudice, a fogli numerati, e ogni anno vidimati dal Tribunale di commercio. Quando però le formalità contengono un fine essenziale e prossimo, la indifferenza è dannosa, benchè ci risulti che in qualche caso particolare se ne poteva fare a meno. Si sentirà con dispiacere che un commerciante di buona fede ha dovuto soffrire per non aver adempite certe forme estrinseche; ma è facile rispondere che tutto ciò gli costava assai poco; e in compenso altri dieci suoi confratelli di mala fede hanno potuto imbrogliare i fogli e surrogare delle pagine disoneste perchè il libro non era numerato e timbrato, valendosi di quella stessa indifferenza che ha reso un servigio, di cui non doveva aver bisogno, ad un galantuomo, e favorisce la impunità di dieci birbanti.

Tre sono gli uffizi principali dei libri di commercio rimpetto alla giustizia; ed è curioso a considerare come il giudizio sulla irregolare tenuta di essi sia diversamente severo e produttore di conseguenze nei casi rispettivi.

I libri di commercio possono essere ammessi a far prova in giudizio fra' commercianti (articolo 22); esser compulsati e doversi presentare per ordine del giudice (articoli 25 e 26); devono esibirsi dal fallito. Ecco i tre uffizi dei quali ho parlato.

Il tema di cui si occupa l'articolo presente, è il primo, e vi ci fermeremo alquanto. Il commerciante che tiene regolarmente i suoi libri è un uomo che ha la fiducia della legge, una presunzione ben fondata d'ordine e di lealtà. Ciò trascende evidentemente dalla teoria ordinaria delle prove, niuno potendo far prova a se stesso col fatto proprio se non accettato in prevenzione dall'altra parte (1). Savia però la legge, limita questa maniera di prova ai rapporti fra' commercianti, sia perchè concessa nel puro e diretto interesse del commercio, sia perchè i commercianti vengono così trattati alla pari, mentre ognuno di essi, forte dei propri

---

(1) Mediante interrogatorii, ecc.

Digitized by Google

mezzi, può opporre i propri agli altrui registri, e far nascere un conflitto in cui l'azione può essere paralizzata da mezzi congeneri. Da ciò si manifesta la ragione per la quale il commerciante non può valersi di questo mezzo di prova contro un non commerciante che, non potendo opporre armi della stessa forza, nè possedendo gli stessi mezzi d'azione contro i proprii obbligati, avrebbe, nell'ordine dei giudizi, una posizione più avvantaggiosa. Ebbene, gli articoli 21, 22 e 23 si combinano nel dire che per far prova in giudizio *i libri devono esser tenuti regolarmente:* presentare cioè quella perfezione della forma che per la legge è il fondamento della prova, essendo proprio di ogni prova giudiziale avere un carattere legale determinato, che è la sua guarentigia esteriore.

Vediamo gli altri effetti. Non è dubbio che la regolarità è sempre proficua. Ma quando si pretende alla comunicazione di atti che si vogliono in certo modo comuni (il che vedremo in breve), bisogna anche subire la conseguenza di difetti ad altri imputabili. Finalmente la irregolarità dei libri può essere gravemente punita con una dichiarazione di bancarotta semplice (articolo 701, n° 6): potrebbe anche non esserlo. Trattandosi allora di un vero giudizio morale sulla vita del commerciante, si entra in una questione di apprezzamento (1).

106. Non potendo i libri fornire la prova a favore del tenitario se non regolari, è vano il chiedere se una qualche prova, imperfetta, sussidiaria, possa produrre. L'articolo 22 ha tutta la precisione desiderabile per respingere qualunque modificazione al principio da lui posto. Bisogna riflettere che il commerciante in tal caso è privato dal beneficio della prova, che può ben dirsi eccezionale, non tanto perchè imperfetta quanto in odio della inosservanza della legge.

Ora supponiamo che i libri siano tenuti in perfetta regola: stando a questa base, si sono fatte alcune ricerche, che tenderebbero ad ampliare l'efficacia della prova oltre i termini letterali della legge (2).

Dubita PARDESSUS (n° 257) se, rapporto a fatti non commerciali ma civili, i libri di commercio potessero fare una certa prova *fra' commercianti*, muovendo dalla idea da lui professata che anche le convenzioni civili devono essere registrate nel libro-giornale; e senza decidere il quesito, passa a dire, che il giudice potrà ordinare la esibizione, il che, come si dirà più sotto, appartiene a tutt'altra maniera di concetti. Io, che non ammetto di rigore quell'obbligo nel commerciante (n° 102), meno sono disposto a riconoscere il dubbio che mi sembra risoluto dal testo (... *tra' commercianti* IN MATERIA DI COMMERCIO, art. 21) (3). Poniam mente che noi siamo in giudizio civile; che il magistrato civile, nei fatti soggetti alla sua giurisdizione, non può concedere altri mezzi di prova che quelli che sono ammessi dalla legge civile.

107. Una questione analoga è quella che suol farsi fra gl'interpreti se i libri regolarmente tenuti, non facendo prova contro il non commerciante, possano costituire un principio almeno di prova scritta per quegli effetti che sono statuiti dalla legge civile in materia di prova testimoniale o in altri casi. Le opinioni sono divise (4).

Un mezzo eccezionale di prova applicato al diretto interesse del commercio, non può essere stornato, per così esprimermi, dal proprio scopo e avere una efficacia qualunque in materia puramente civile. È ciò che abbiamo voluto stabilire nel numero precedente. Il commerciante, quantunque vendendo merci ad un proprietario abbia fatto un atto del suo commercio, non può quindi valersi dei proprii registri i più regolari per dar fondamento all'azione, come farebbe contro altro commerciante (n° 105). Ma vi è qualcosa nella moralità dei giudizi che fa sentire alla coscienza non potersi poi negare ogni fede alla scritturazione del commerciante (e opera più o meno secondo le circostanze) contro la negativa improbabile e impudente del convenuto. E qui veramente ha gran valore la consuetudine dei commercianti di consegnare le merci senza ricevuta, ma col solo annotamento nel libro-giornale, non tanto per eccesso di buona fede, quanto perchè si ha fiducia nei proprii mezzi

(1) Ognuno sente la differenza di queste posizioni. Altro è il pretendere di valersi di una prova irregolare come tuttavia efficace; ed altro l'essere portato in faccia alla pena per la inosservanza della legalità.

(2) Tutti sanno che le leggi francesi non differiscono in ciò dalle nostre.

(3) Questa è pure la sentenza di DELVINCOURT, *Droit comm.*, tom. II, p. 17; di BÉDARRIDE, n° 230; di ALAUZET, *Comment.*, n° 64; J. B. PARIS, n° 376.

(4) In senso negativo MASSÉ, tom. VI, num. 129; BRAVARD, pag. 51; J. B. PARIS, num. 368; ALAUZET, *Comment.*, num. 68.

In senso affermativo TOULLIER, tom. VIII, n° 360; BÉDARRIDE, num. 236. Nel fôro pontificio, regolato dalle stesse leggi, era invalso di ammettere il commerciante al giuramento suppletorio.

di prova. Non potrei dunque aderire alla massima più rigorosa. Strano sarebbe il trovare in tutto questo *un principio di prova scritta* per le applicazioni dell'articolo 1347 del Codice civile. Noi non siamo in quel caso. Ma possiamo facilmente portarci alla disposizione dell'articolo 1375, ove alla delazione del giuramento d'ufficio non si richiede fuorchè una prova semipiena, ossia che l'azione *non sia mancante totalmente di prova*. In simile ipotesi non si argomenta propriamente da una prova d'ordine commerciale, ma come si farebbe da qualunque mezzo dimostrativo, per cui la coscienza inclina a ritenere la verità di un fatto.

Il Codice Napoleone, che promulgavasi, come è noto, prima del Codice di commercio, vi aveva preludiato con alcune disposizioni, fra le quali leggevasi la seguente: « I registri dei mercanti non fanno prova delle somministrazioni che vi sono allibrate contro le persone non mercanti, *salvo quanto sarà dichiarato in proposito dal giuramento* » (art. 1329): così il legislatore veniva spiegando il proprio concetto (1). Vero è che il Codice di commercio non si curò di ripetere quella riserva; ciò nonostante il postulato giuridico restava fermo in virtù degli stessi ordinamenti del Codice civile, che dagli elementi legittimi di convinzione non poteva rigettare quello che il legislatore, quantunque in altri rapporti, dichiarava prova compiuta.

108. Tutti siamo d'accordo, in tema generale, che il giudice del fatto è il giudice della prova. Ciò peraltro è subordinato ad una grande limitazione; che lo stesso legislatore non abbia determinato o la qualità o il grado di valore che i giudici devono attribuire alla prova (Vedi il numero 114 bis). In questa materia dei libri commerciali tre regole sono stabilite: 1° I libri regolarmente tenuti *potersi ammettere per servire di prova*, ecc. (articolo 21) quindi valere prova piena, non assolutamente però, ma in quanto la coscienza del giudice stimi di accettarla come tale. Ne segue che ogni via di dimostrazione giuridica è aperta a combatterla e ad opporvi altre prove; 2° I libri irregolari non potere mai essere invocati a profitto di chi li ha tenuti (articolo 22). E noi abbiamo accettato il principio in tutta la sua estensione (art. 305). In ciò il giudice del fatto non ha arbitrio veruno. La legge ha avuto le sue buone ragioni per escluder questo dai mezzi legittimi di convinzione. Ha portato il rigore sino al punto che non è lecito tampoco produrre quei libri in giudizio; 3° I libri che non provano a favore, provano contro (articolo 23); ma non provano *ex necesse*, colla forza di una *præsumptio juris et de jure*. È da considerarsi quale una confessione stragiudiziale *fatta alla parte* (articolo 1358), e quindi formare *prova piena*. Ma dicendosi prova piena, non si dice nè che non possa esser vinta da altra prova, e neppure che provi in ogni caso per se medesima; ed altro non significa fuorchè *bastare la confessione stragiudiziale risultante dai libri, comunque irregolari, a stabilire la prova*. Il commerciante colpito dalla propria confessione ha il carico di escluderne il portato. E prima di tutto può sostenere che non è una confessione, mettendo innanzi il tenore scritturale, che non può essere scisso a comodo dell'altra parte, come saggiamente provvede l'art. 23. Ed anche in questo terzo aspetto vedesi il giudice investito di legittimo arbitrio per valutare la prova; ma osservi ch'egli si farebbe violatore della legge qualora non accordasse valore di prova ad una confessione risultante dai libri di commercio senza motivare che o ragioni intrinseche, o dedotte da prove contrarie, la condussero in quella sentenza.

Articolo 24.

Il commerciante deve conervare per dieci anni i libri di commercio, che è in obbligo di tenere, e le lettere e i telegrammi ricevuti.

109. *Vantaggi della conservazione dei libri dopo dieci anni, e come venga a indebolirsi la loro forza provante.*

109. Noi abbiamo seguito il Codice francese, restringendo l'obbligo della conservazione dei libri a dieci anni: non è forse la disposizione migliore: i Codici di Olanda (arti-

(1) E non altro sembrami il commento anticipato di Bigot-Préameneu a quell'articolo. Conveniamo, d'altronde il testo è ben chiaro, che non si trattava di giudizi fra' commercianti.

Digitized by Google

colo 9), di Portogallo (art. 223), di Wurtemberg (art. 41), estendono lo spazio a trent'anni: quello di Spagna (art. 55), che mi sembra preferibile, richiede la conservazione dei libri sino alla completa liquidazione degli affari. Noi parliamo evidentemente del registro annale più vecchio di dieci anni: in altri termini, il commerciante deve sempre poter documentare la sua vita commerciale pel corso di dieci anni.

Il commerciante che si è valso di tale facoltà non può esser soggetto a censura, mentre la legge lo difende: se ha la disgrazia di cadere in fallimento, la sua condizione non viene aggravata da questo fatto. Ma è chiaro ch'egli si priva di tutti i vantaggi annessi alla conservazione dei libri. Pochi commercianti diligenti e veramente onesti vorranno sopprimere qualche parte della loro storia per ovviare ad un lieve incomodo. Checchè altri possa pensarne, io ritengo che il libro più vecchio di dieci anni faccia buona prova a favore del commerciante come il registro più recente; poichè, s'egli poteva esentarsi dall'obbligo, non può esser che lodato colui che vi è stato fedele anche oltre il bisogno. Si è insegnato che il commerciante che ha conservato i suoi libri quando poteva non farlo, può essere costretto a presentarli a richiesta dell'avversario o a lume del giudice (1). Io ne convengo: e per corrispondente, deve tenersi conto al commerciante della sua diligenza, e concedergli i vantaggi della posizione che ha voluto mantenere.

Può incontrarsi una difficoltà che non è sfuggita agli scrittori (Horson, *Question sur le Code de commerce*, pag. 4). Non solo i libri di commercio fanno prova dell'azione, ma eziandio della eccezione. Il commerciante convenuto poteva, sull'appoggio dei proprii libri, per quanto egli dice, respingere l'azione provando il pagamento, ma era cessato in lui l'obbligo di conservarli. In questo caso sta contro l'attore la tardività della domanda; a favore del convenuto, la legge. Niun dubbio che la prova non ha più la forza di prima, indebolita dal sospetto che l'attore abbia voluto approfittare di questa circostanza. Ora tutto dipende dalla prudenza e sagacità del giudice.

Articolo 25.

La comunicazione dei libri, inventari, lettere e telegrammi, non può essere ordinata in giudizio che per affari di successioni, di società, di fallimenti o di comunione di beni.

La comunicazione ha luogo nel modo concordato tra le parti; in mancanza d'accordo, mediante deposito nella cancelleria dell'autorità giudiziaria.

Articolo 26.

Nel corso di una controversia, ancorchè non relativa agli oggetti indicati nell'articolo precedente, il giudice può ordinare, sull'istanza di una delle parti, e anche d'ufficio, l'esibizione dei libri per estrarne soltanto ciò che riguarda la controversia.

Articolo 27.

Se la parte, ai libri della quale si offre di prestar fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire il giuramento all'altra parte.

110. *In vista delle esigenze del commercio, alcuni principii del diritto probatorio hanno ricevuta una spiegazione che non ebbero nella procedura civile, aggiuntevi determinazioni speciali al commercio.*

111. *Titoli specificati dalla legge nei quali ha luogo la comunicazione totale dei libri di commercio.*

112. *Delle questioni limitate e della esibizione parziale.*

(1) « La présumption légale, que de sa nature « doit céder à la vérité, cesse dès ce moment : le « magistrat, effranchi de son empire, peut ordonner « la représentation, et si on la refuse, déférer le « serment à l'autre partie » Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de commiss.*, tom. 1, n° 286.

Digitized by Google

113. *Delle condizioni alle quali è subordinato il diritto di compulsare i libri della parte contraria.*
114. *Esame dell'articolo 27. Dell'accettazione preliminare; se sia assoluta e incondizionata.*
114 bis. *Chi ha provato con mezzi specificati dalla legge il proprio diritto d'azione, non può essere costretto ad esibire i suoi libri a comodo dell'altra parte; non può esser costretto a far altre prove.*
115. *Delle facoltà attribuite al giudice rapporto alla delazione del giuramento e dell'uso che deve farne.*
116. *Considerazioni sulla procedura.*

110. Domando il permesso di rammentare in questo proposito ciò che io esposi nel *Codice di procedura civile annotato*, all'art. 167, pag. 178, 179. Osservai come il Codice di procedura fosse muto e digiuno di ogni norma in fatto di compulso o esibizione coatta di documenti, malgrado quello di Ulpiano: *hæc actio per quam necessaria est, et vis ejus in usu quotidiano* (Leg. 1 Dig. ad exhib.). Il Codice di commercio si trovò precisamente nella necessità di occuparsene.

Osservando il tema della *compulsoria dei documenti* sotto l'aspetto civile, io venni quasi a metter fuori del campo, per una ragione di cui mi si deve tener conto, l'*interesse puro e semplice* d'una parte, e posi la teoria della comunicazione forzata sulla base della comunione e comproprietà. Ed io non feci che richiamare i principii del diritto romano. Imperocchè quantunque alcuni testi facciano credere ad una certa preponderanza dell'interesse, anche disgiunto da ogni causa proveniente da un diritto reale (1); tuttavia è da por mente che l'*actio ad exhibendum* era per sua natura suscettibile di tale estensione; l'esercizio però dell'azione era sensibilmente attenuato quando trattavasi di documenti, secondo la dottrina di Bartolo, premessa al § *Interdum* di quel testo — *Pro instrumentis non potest agi ad exhibendum pro alio interesse quam dominii.* Il silenzio del nostro Codice giudiziario era più che mai favorevole al principio che le prove documentali non possono esigersi dalla parte avversa; nè esser lecito, senza comprimere quella libertà alla quale ognuno ha diritto, penetrare nel nostro archivio o nel nostro scrittoio per cavarne ciò che ad altri conviene per nostro danno.

Nell'ordine commerciale (e prego di ritenerlo) questo principio del sistema probatorio si modifica e si limita. Difatti se nell'art. 25 sembra in qualche modo riassumersi, atteso la indicata specialità degli affari nei quali è autorizzata la coattiva comunicazione dei libri commerciali, vedesi appresso dichiarare che, *sebbene la controversia non sia relativa* a quegli oggetti, *il giudice può ordinare, ad istanza di una delle parti o anche d'ufficio*, *la esibizione*, ecc. La quale disposizione però ha la sua ragione di essere nelle particolari relazioni col commercio, che giova per un momento esaminare.

Noi non troviamo per tutta la estensione del diritto civile l'obbligo di trascrivere le nostre obbligazioni in apposite rubriche per renderne poi conto a nostro carico in una occasione qualunque: quindi il metodo delle prove può bene sfuggire ad ogni coercizione di questo genere. Ivi si tratterebbe realmente di creare una obbligazione nuova, e non potrebb'essere ufficio di un ordinamento giudiziario. Per contro tale disposizione è fondata nel giure commerciale, e quantunque sia destinata a svolgersi nelle forme dei giudizi, essa appartiene al diritto sostanziale. La tenuta dei libri ha il suo lato favorevole alle azioni del commerciante a giusto correlativo dell'obbligo che gli viene imposto: ma in fondo è una prescrizione disciplinare che tiene al miglior esercizio della commercialità; il documento perciò in determinati casi deve esser sempre disposto all'esigenze della giustizia.

111. La comunicazione ha luogo per diritto comune (2) *in affari di successioni di società, di fallimenti o di comunione di beni.*

Il primo e il quarto di codesti titoli implicano l'azione del condominio nei quali il di-

(1) « Sciendum est autem non solum eis quos « diximus, competere ad exhibendum actionem, ve« rum ei quoque cui interest exhiberi. Iudex igi« tur summatim debebit cognoscere, *an ejus in« tersit non an ejus res sit;* et sic jubere vel exhi« beri vel non, quia nihil ejus interest. Plus dicit « Justinianus, etiamsi vendicationem non habeam, « interim posse me agere ad cohibendum *quia mea « intersit exhiberi* » (Leg. 3 § 1 Dig. ad exhibendum).

(2) Ant. Fabro in Cod. lib. II, tit. 1, defin. 6, nº 13; Voet, tit. de edendo, nº 18.

ritto di esaminare i documenti comuni è indipendente da qualsivoglia rapporto commerciale. Se il commerciante muore lasciando più eredi, quegli che possiede i libri, continui o no l'esercizio paterno, deve bene comunicarli agli altri coeredi che ne lo richieggono. Alla morte del marito, la moglie che fu già in comunione di beni, è chiaro avervi ragione. In materia di società, i libri dell'azienda tenuta dal gerente, sono evidentemente comuni.

I nostri Codici di commercio hanno data la più ragionevole estensione a questo diritto del socio col renderlo indefinito; mentre l'art. 14 del francese dice — *partage de société.* — Anche nella decorrenza della società, il socio può avere interesse a richiedere la comunicazione dei libri.

Altri ritiene che, cessata eziandio la società, e resi i conti, si possa dal socio domandare la esibizione dei libri senza allegare la ragione, che sembra principale, della comproprietà (1).

La legge invero non distingue. L'esistenza di un giudizio nel quale taluno sia obbligato alla comunicazione viene dimostrando che gli interessi sociali non sono finiti; e se lo sono rispetto ai soci, durano ancora in ordine ai terzi. A quella sorgente può attingere qualunque interessato nelle società e nelle sue conseguenze.

L'azionario in società anonima, a tali effetti, si parifica al socio (2).

Inteso l'articolo 25 a fissare la regola generale della comunicazione, trascorre al *fallimento.* A parlare esatto, non è quella una comunicazione di documenti alla quale una parte in litigio con un'altra, abbia diritto, all'effetto di dare fondamento alla propria azione od eccezione. In questo caso il documento è levato dalla nostra detenzione per quel tratto che occorre all'altrui esame, ma lo teniamo colla intenzione e volontà in possesso nostro, e possiamo chiederne la restituzione. Il fallito è spogliato dei suoi atti come della sua amministrazione: vidimati dal pretore per accertarne lo stato, i libri sono rimessi ai sindaci (art. 578); il fallito ha ben diritto di valersene anche a difesa, ma non sono più nel suo possesso.

112. L'articolo 26 si presenta assai lato; ivi è dato un grande arbitrio al giudice di commercio, che ha la missione di cercare per le vie più semplici e naturali la verità dei fatti. La più saliente caratteristica di questa fase giudiziale ella è che, tranne i casi determinati dall'articolo 25, la comunicazione è sempre parziale, cioè *per estrarne soltanto ciò che riguarda la controversia.* Si ritiene che tali controversie non siano che parziali, interessanti cioè qualche fatto del commercio dell'attore o del convenuto, e non la totalità, e quasi si direbbe l'ingenere del commercio. Una questione riguardante un conto corrente, una obbligazione cambiaria, una vendita, è della prima specie: non si comprende una questione d'universalità se non sotto una delle forme avvisate dall'articolo 25, o riducibile ad uno di quei titoli. È ben vero che la comunicazione dei libri può avere ad oggetto ora la cognizione di chi la ricerca, ed ora vi si può aggiungere il diritto di sindacato o di critica per cogliere l'avversario in fallo o farlo smentire da se stesso.

113. La esibizione dei libri può ordinarsi tanto ad istanza d'una parte, quanto d'ufficio. Un articolo non può dire di più, tuttavia codeste posizioni giuridiche non possono confondersi.

L'interesse è legittimo fondamento alla parte per impetere dalla contraria la esibizione dei libri. Ma è forse mestieri dimostrare un interesse specifico?

Come si può fare l'anatomia dell'interesse per ridurlo a certe proporzioni tassative alla questione che si agita? Il tatto della esperienza n'è il miglior giudice, e lasciamo un po' fare a quelli che tutto il giorno vi si trovano in mezzo. Per certo se io tratterò contro un commerciante una causa che non abbia rapporto con una data operazione risultante dai suoi registri, non sarò ammesso a compulsarne la esibizione per l'interesse generico e, per così dire, morale che io avessi di vedere come quest'uomo si comporti in commercio; se, per esempio, sia solido, onesto, e meritevole di fede. L'interesse dev'essere specifico in quanto non si può chiedere che l'estratto della partita intorno alla quale si aggira nel suo concreto la controversia.

Degno è piuttosto di attenzione un altro dubbio, se sia lecito chiedere di tratto contro il convenuto commerciante la esibizione dei suoi libri; o se il chiedente debba innanzi mostrare di non avere alla mano altri mezzi di prova più diretti e suoi propri.

(1) Azuni, *Dizionario*, vº Libri mercantili, § 35; Genua, *De script. priv.*, tit. de lib. soc., num. 12; Ansald, *De commerc.*, dis. 58, nº 11 e 73, nº 9.

(2) Alauzet, *Comment.*, num. 73; Bedarride, nº 286 e 287.

L'attore commerciante ha i propri libri come si presume avere i suoi il convenuto, commerciante pur esso. Non è tolto all'attore di assumere la dimostrazione del diritto mediante i suoi libri; com'è in facoltà del convenuto combattere questo mezzo di prova, facendo conoscere che vi sono mezzi più certi e diretti a provare i veri rapporti giuridici delle parti, sia perchè esiste una convenzione scritta, sia per altra ragione. Appartiene al giudice come si debbano trattare codeste prove, e come apprezzarle. Egli potrà anche ordinare all'attore di recare agli atti quella convenzione di cui si trova in possesso. Ma noi osserviamo piuttosto la condizione dello stesso attore in quanto, senza curare di far la prova del preteso diritto coi propri mezzi, intenda valersi addirittura dei documenti dell'avversario.

La disposizione del Codice (art. 26) quantunque rivolta a favorire il commercio, rispetta però ciò che vi ha di più essenziale nel diritto probatorio: l'attore deve provare. La esibizione dei libri non può essere che subordinata a qualche condizione del processo onde risulti la equità di una tale misura: e soprattutto l'attore non può nascondere i propri libri per valersi di quelli del convenuto. Questi potrebbe a sua volta replicare costringendo l'attore a produrli, e sarebbe pienamente nel suo diritto. Lo stesso articolo 26 ha qualche cosa che sembra confermare l'idea. *Nel corso della controversia... il giudice può ordinare:* ma un tale servigio non può rendersi all'attore nel bel principio della controversia, e per soccorrere alla sua perfetta nudità di prova. È sempre molesto e gravante il doversi incomodare per fornire all'avversario la prova del suo diritto a nostro danno; limitazione o meglio deviazione dal naturale ordine probatorio, di cui non deve abusarsi.

Ho trovato, e non voglio perdere l'occasione di ricordarlo, che talvolta in appello si è sottoposto a cauzione quel commerciante che faceva istanza per la esibizione dei libri dell'avversario. La Cassazione francese rigettando il ricorso contro tale sentenza, ammise che queste, come altre cautele, erano facoltative ai giudici del merito (Cassazione, 22 febbraio 1848, SIREY, I, 262). Ciò avvalora che la compulsoria dei libri è ammessa piuttosto per ispirito di equità che per forza di diritto.

114. Grande è la podestà data al giudice di ordinare *d'ufficio* la esibizione dei libri (1). Podestà del genere di quella per cui ordina l'intervento delle parti in giudizio. L'unico movente è l'interesse della verità e della giustizia. Niun dubbio che nel virile contrasto di due parti opposte, ognuna delle quali sembra ripugnare dal riferirsi ai propri registri, il giudice possa ordinare la esibizione ad entrambe.

L'articolo 27 reca una regola specialissima al diritto commerciale.

Per essere ammesso alla prestazione del giuramento è d'uopo di fare una dichiarazione, che si è per accettare e *prestar fede* a tutto ciò che saranno per rivelarci i libri dell'avversario dei quali domandiamo la esibizione. Se l'avversario rifiuta, meglio per noi, saremo ammessi a giurare. Il giuramento a deferirsi è quello che chiamasi *d'ufficio* (articolo 1363, n° 2, del Codice civile), e non può esser altro. D'uopo è però tener bene questa distinzione per gli effetti che possono derivarne. Intanto vediamo semplicemente quelli che nascono dall'*anticipata accettazione* alla quale la parte sembra sottomettersi.

È forse un'accettazione assoluta, incondizionata, irretrattabile?

Tre ipotesi potrebbero idearsi: che i libri si presentino irregolari nella forma estrinseca; o confusi e alterati nella scritturazione; o contenenti partite, titoli, obbligazioni, in aggravio bensì del richiedente, ma non aventi che una influenza indiretta sulla questione attuale, e non facenti propriamente parte del conto.

Nel primo caso la parte richiedente, malgrado facesse in cancelleria la sua bella ed ampia dichiarazione di essere per aderire in tutto e per tutto alla produzione da farsi, trovando che la partita gli sta contro *in terminis*, non avrebbe diritto di sostenere ch'essa si riferì bensì ai libri, ma in quanto fossero regolari e non altrimenti? Io penso che si avrebbe benissimo questo diritto, per le ragioni già esposte (art. 105). Niuno non può esser censurato di non aver fede in quei libri ai quali la legge stessa non aggiusta fede.

Più aperta e fondata è la eccezione del richiedente nel secondo caso. Egli ha per sè il chiaro disposto dell'articolo 20: egli non ne scapita, anzi ne vantaggia, poichè potrà gridare al dolo e alla malizia del suo avversario, il che farà assai bene alla sua causa. Egli troverà opportuno di asserire di averlo già preveduto: di sapere che il suo avversario non avrebbe potuto simulare una ragione se non

(1) Proposta di TREILHARD, processi verbali, 7 gennaio 1807.

imbrogliando i conti e alterando le partite.

Sul terzo caso non si può teorizzare nella ipotesi premessa di partite che non fanno propriamente parte di esso, ma vi hanno un certo rapporto, e non sono del tutto estranee alla questione. Se la discussione s'aggira sull'ordine, quantità e carattere delle partite di un conto corrente, io posso riferirmene al giornale del mio avversario: niente di meglio per lui. Se non che il giornale oltre le partite realizzate contiene anche dei titoli promessi e pendenti, i quali, quando fossero veri, darebbero la spiegazione di certe partite mancanti, per esempio, di causa, o equivoche, e perciò impugnabili. Tutto accettando, come ho promesso e mi sono giudizialmente obbligato, io dovrei riconoscere anche la verità di quei titoli e delle conseguenti obbligazioni. Ciò parrebbe spingere la mia adesione a termini non preveduti. La buona fede però e la grande autorità della promessa giudiziale non soffre questa specie di reticenza mentale, e lo schermirsi da un obbligo assunto senza restrizioni. Se la partita è vera perchè io non posso più contraddirvi, forza è ritener vero il titolo su cui si appoggia, benchè fecondo di obbligazioni alle quali dovrò prestarmi in un tempo posteriore (1).

114 *bis*. Ho sott'occhio in cassazione una causa celebre, alcuni punti della quale hanno relazione col presente argomento, e sento il bisogno di aggiungere qualche parola.

La legge di commercio stabilisce in certi casi i requisiti della prova onde fissare una data posizione giuridica. A causa d'esempio, il contratto di assicurazione è costituito in quella forma che partitamente spiega l'articolo 446. Suppongasi la corrispondente polizza di carico e qualche altra prova non meno decisiva. Nata questione sulla proprietà delle merci, l'assicurato presenta una girata regolare della polizza di carico fattagli dal caricatore. Il giudice, non contento di tali prove, ordina allo stesso assicurato la esibizione dei libri. Egli ha violato l'articolo 26.

Lasciamo la specie, e poniamo la teoria. Noi abbiamo riconosciuta l'ampiezza delle facoltà che ha in questa materia il giudice di commercio. Bisogna però ammettere che l'arbitrio del giudice è subordinato a dei principii d'ordine superiore. Uno di tali principii egli è, che la parte che si vuole costringere a fornire del proprio una prova a comodo dell'avversario, colla esibizione dei libri, non si trovi già in pieno possesso di quella prova legale che stabilisce e perfeziona la sua posizione giuridica. Quel dubbio che il libro del commerciante dovrebbe schiarire, quel dubbio non esiste: per parte sua vi ha certezza legale. La condizione che la legge gl'imponeva, egli l'ha adempita. In confronto di un avversario che non può espugnare la sua posizione, egli non ha delle obbligazioni ulteriori: non può essere forzato ad altre prove. Gli si deve render giustizia, e in tal modo gli viene negata. L'arbitrio della prova non è assoluto ma ragionevole. La prova dedotta dall'articolo 26 ha un carattere che non si deve dimenticare: la sua indole è suppletiva; contraria all'ordine naturale del sistema probatorio, non basta sola a sorreggere l'azione contraria, lo abbiamo già detto (n° 113): molto meno può essere imposta a chi con prove autentiche e dirette ha dimostrata la propria.

115. Il giuramento che si deferisce dal giudice *d'ufficio* è il suppletorio, non mai quello che dicesi decisorio. Del resto la cosa è evidente. Tizio che provoca l'avversario, e quasi si direbbe lo sfida a produrre i suoi registri ai quali egli si dichiara pronto a credere, appella in certo modo alla coscienza del suo contraddittore, non però espressa a parole e dietro le sue mentali ispirazioni, ma in quanto la verità sia documentata in quella forma che la legge di commercio riconosce sufficiente. Di fronte a una proposta così mansueta e ragionevole, il rifiuto deve ricadere sopra colui che non vuole accettarla (2). L'impressione morale che ne risulta non può non essere gravemente sfavorevole. La legge però ha fatto di più: si è tolto a determinare quale importanza giuridica sia da attribuirsi a codesta prova negativa; e ne ha costituito una prova semipiena a favore del richiedente, quella cioè che per l'articolo 1375 del Codice civile può dar luogo alla delazione del giuramento suppletorio. Nulla vi ha di simile nell'ordine probatorio civile (3). D'uopo è sempre che l'attore o il convenuto costruisca sino ad un certo punto un dato di prova con mezzi positivi e suoi propri

(1) Così pure opina Toullier, tom. viii, n° 380; e male si seguirebbe la contraria sentenza di Pardessus (*Comm.*, tom. i, n° 617), che manca di ogni fondamento di ragione (Alauzet, *Comment.*, n° 78).

(2) Nel numero seguente dirò se oltre il mezzo di cui qui si ragiona ce ne siano altri nel potere del giudice.

(3) Del caso del rendiconto in fuori, che però ha fondamento in un diritto più forte e nel debito d'ufficio dell'amministratore, come si noterà più avanti.

per essere ammesso al giuramento suppletorio: senza ciò la via è troppo comoda e lusinghiera per vincer la lite. Questa posizione eccezionale del commerciante nasce da quel complesso di ragioni che militano per la regolare tenuta dei libri.

La delazione del giuramento è, come sempre, una facoltà del giudice. Concedendola, ha l'appoggio della legge: se non la concede, ha quello della propria coscienza (1). Lasciamo stare che la istanza deve avere un carattere essenzialmente commerciale; e poter trovare una corrispondenza di oggetto nei libri dell'avversario. Se al suo presentarsi è respinta dall'improbabilità, dalla incertezza, dalle contraddizioni del suo sistema, potrà non essere ascoltata. L'altra parte che la combatte con mezzi abbastanza convincenti, o troncati gli indugi, si propone di far decider la lite col giuramento del contraddittore, potrà essere o scusata o giustificata nel suo rifiuto, poichè non siamo poi obbligati a prestarci ai comodi dell'avversario, se non per ragionevole causa.

—

116. Ci giovi considerare alquanto il nostro tema nel punto di vista della procedura.

L'art. 26 abilita il giudice *ad ordinare sull'istanza di una delle parti, o anche d'ufficio, la esibizione dei libri*, ecc. Ma sono forse in potere del giudice i mezzi coercitivi, reali, per far togliere dallo scrittoio del litigante i libri che vuole e farli trasportare sul proprio suo banco? Può egli imporre agli uscieri di eseguire una tale operazione? Insomma può egli costringere *ad factum*?

Non si saprebbe in qual legge fondare questo metodo di procedimento. L'articolo 170 del Codice di procedura civile che porge forse la più prossima analogia, non può arrivare a una tal conclusione per quanto, a così dire, si sforzi, e non può che caricare di multe il procuratore renuente, e infine condannarlo alla sospensione. In altri casi ove si parla dei pubblici depositari e dei documenti che devono prestare o spedire, si va sino alla comminatoria dell'arresto personale (articolo 915 del Codice civile), ma i rimedi, per quanto fieri, sono sempre risolutivi e sussidiari. Se chi deve render il conto ne ritarda oltre il dovere la presentazione, quantunque egli ne abbia l'obbligo diretto, imprescindibile, impostogli dal proprio ufficio, non è costretto collo stimolo di una multa giornaliera; ma l'avversario può esser facoltizzato a giurare la somma dovuta (articolo 326). Non potrebbesi agire *ad factum* contro il commerciante.

Il giudice ordinando la esibizione dei libri, può assegnare un termine e anche apporre al suo decreto una comminatoria che in sostanza contiene un secondo decreto che colpirà il renuente che non obbedisca al primo. Io qui mi permetto di dare un consiglio. Nel caso dell'articolo 27, quando il richiedente ha fatta la sua dichiarazione in cancelleria o per atto di usciere, ma da lui e da speciale mandatario sottoscritta, ch'egli si rimette interamente ai libri dell'avversario e così finire la lite, il giudice si limiti a ordinare la produzione, o non accenni che la comminatoria generica dell'articolo suddetto. Non aggiunga che in caso di rifiuto egli sarà per ammettere il richiedente al giuramento suppletorio. Ciò potrebbe imbarazzare la sua decisione. Si serbi il suo tempo e la sua libertà d'azione. Lasci luogo alle difese e alle nuove produzioni che possono farsi. I motivi del suo giudicato siano cauti; faccia conoscere *che allo stato degli atti* egli deve ordinare la esibizione; e si restringa al necessario senza anticipare sulla discussione futura.

È a vedersi quale mai potrà essere la comminatoria; ovvero persistendo la parte nella sua inobbedienza, in qual modo debba il giudice provvedere. Si può assegnare o non assegnare un termine alla esibizione. Il termine può esser chiuso con una clausula prudente: *scorso il termine, sarà proceduto contro il renuente nelle vie di ragione*. Varie sono le conseguenze che il renuente provoca a danno proprio: 1° Se l'altra parte ha già fondato il suo assunto in qualche prova, può essere ammessa al giuramento suppletorio o estimatorio (secondo l'oggetto della istanza), malgrado non abbia prestata la sua preliminare accettazione. In tal caso il *rifiuto* (che si riduce alla inobbedienza perchè la legge non esige una interpellazione di parte), il rifiuto, dissi, non sarà più sufficiente a motivare l'ammissione al giuramento; ma potrà avere un valore che dirò di coscienza, nel criterio apprezzativo del giudice, affine di aggiunger peso alle produzioni, comechè scarse, dell'altra parte, e così ammetterla al giuramento; 2° Anche senza venire a questa determinazione, il legittimo sospetto che si attacca a un tale contegno, influirà per dare alle

(1) Cassazione francese, 5 aprile 1828 e 18 gennaio 1832 (Sirey, tom. XXXIII, 1, pag. 74; Delamarre e Lepoitvin, tom. I, n° 284; Massé, tom. VI, num. 458).

prove dell'avversario un carattere di verità e una spiegazione sì favorevole da vincere la lite; 3° Il renuente potrà essere condannato all'emenda dei danni ed interessi, ch'era il termine risolutivo di quelle procedure che si occuparono con maggior cura di questo arduo punto di diritto giudiziario (§ 898 del Regolamento pontificio del 10 novembre 1834). I danni e gli interessi potevano essere valutati anche col mezzo del giuramento estimatorio.

La domanda di esibizione di libri è sempre un *incidente* da proporsi e decidersi alla foggia degli incidenti. Il Tribunale di commercio destinerà il luogo ove i libri dovranno depositarsi e dove avrà luogo la comunicazione totale o parziale. Riflettendo quanto sia delicata una tale operazione, e quanto abbia a curarsi la giusta suscettività del commerciante che ripugna dal mettere in piazza il proprio nome e i propri affari, quel luogo sarà ordinariamente la cancelleria dello stesso Tribunale di commercio. Il cancelliere sarà dei libri il discreto depositario, e non li renderà visibili che alle parti che vi hanno interesse in seguito alle istruzioni che avrà ricevute dal giudice delegato. Egli pure farà la *estrazione* di cui parla l'articolo 26. L'ufficiale delegato fisserà un giorno nel proprio ufficio ove saranno per intervenire le parti interessate; e ove si concorderà la partita da estrarsi. Se il solo esibente intervenisse, egli la indicherà e veglierà all'estrazione senz'abbandonare i suoi libri. Ciò è nel suo diritto. Se potesse allegarsi qualche omissione, qualche reticenza, il tribunale darà i provvedimenti che saranno del suo prudente arbitrio.

Un solo articolo regolatore di questa procedura abbiamo nell'articolo 401 del Codice di procedura civile. La presentazione dei libri può anche farsi all'*udienza del tribunale*; ivi pure può aver luogo una comunicazione solenne; troppo solenne per non urtare i nervi del commerciante esposto a tale pubblicità. Io quindi suppongo che il tribunale si prevarrà sempre della facoltà che gl'impartisce l'articolo di delegare un giudice. Lo stesso articolo insegna come si dee procedere trovandosi i libri fuori del Comune in cui siede il tribunale.

TITOLO III.

DELLE BORSE DI COMMERCIO, DEGLI AGENTI DI CAMBIO E SENSALI

CAPO I.

DELLE BORSE DI COMMERCIO

Articolo 28.

La Borsa di commercio è la riunione dei commercianti, capitani di nave, agenti di cambio e sensali di una città.

La Borsa dev'essere autorizzata per decreto reale.

Articolo 29.

Le negoziazioni e operazioni che si fanno alla Borsa determinano il corso dei cambi, dei prezzi delle merci, dei premi di assicurazione, dei noli delle navi, dei

Digitized by Google

prezzi di trasporto per terra e per acqua, degli effetti pubblici e degli altri effetti ammessi a far parte delle liste di borsa.

Articolo 30.

Gli agenti di cambio e i sensali che hanno la qualità di pubblici mediatori, accertano i corsi nelle forme stabilite dai regolamenti (1).

Articolo 31.

I commercianti falliti non riabilitati e i pubblici mediatori interdetti o sospesi non hanno ingresso alla Borsa.

117. *Corso storico delle Borse di commercio.*
118. *Delle fasi legislative che precedettero il sistema del Codice sulla facoltà d'intervenire alla Borsa. Di quelli che ne sono esclusi.*
119. *Non essere inutile distinguere le operazioni moralmente lecite dalle illecite che si fanno alla Borsa, potendo anche derivarne qualche conseguenza legale osservabile.*
120. *Delle operazioni di borsa. In che consistano. Compre e vendite di titoli pubblici commerciali, a contanti o a termine; fermi o risolubili.*
121. *Continuazione dell'argomento. Contratto di riporto. Contratti a premio.*
122. *La nostra legge riconosce la validità di tali contratti, eccettuata la frode generale punita penalmente.*
123. *Esame dell'articolo 29. Osservazioni generali sull'ufficio delle Borse a determinare il corso legale.*
124. *Se e quando sia obbligatorio il corso legale.*
125. *Della formazione del corso legale, e dei criteri che vi prevalgono.*

117. Non posso dir cose nuove parlando di un fatto dell'esercizio commerciale da nessuno ignorato nei suoi scopi generali; ma ho stimato non convenisse lasciar desiderare ai lettori di questo libro, che non è scritto direttamente per i commercianti, quelle notizie onde gli articoli trascritti hanno la loro ragione di esistenza, e si mostrano nel loro spirito.

I Codici di commercio non hanno creata la *Borsa* come una istituzione bell'e fatta, uscita dalla mente del legislatore. Essi l'hanno trovata, e si sono incaricati di regolarla. L'interesse del commercio additò dei luoghi di radunanza e ritrovo ove potessero gli esercenti convenire e trattare il grosso, per così esprimermi, dei loro affari. I Romani avevano il *collegium mercatorum*; le città italiane meglio industri nel medio evo, ebbero i *broletti*, i *mercati*, le *loggie dei mercanti*, che sono ancora in possesso del loro nome storico. Dicesi che quello di *Borsa* comparisse la prima volta nel 1549 quando fu istaurata quella di Tolosa. Ma pare che quella di Lione preesistesse: ciò poco monta. Certo è che gli Italiani prevennero di gran lunga i Francesi negli usi e nell'ampiezza dei commerci, benchè in seguito, come di quasi tutte le grandi cose di cui furono maestri, perdessero il primato. Non c'era dunque bisogno che il legislatore intervenisse per far radunare i commercianti in qualche luogo opportuno per trattare i loro negozi. Invece si sentì col tempo quello opposto, di moderare e farsi incontro agli abusi.

E gli abusi cominciarono a manifestarsi non tanto col degenerare di quel sentimento di lealtà e di buona fede che possiamo supporre antico, ma più ancora col raffinamento e col progresso stesso del commercio considerato direi come arte, e coll'accumularsi di nuovi elementi di speculazione che offre all'ingegno

(1) Questi articoli non sono diversi nella sostanza dai tre corrispondenti 71, 72, 73 del Codice commerciale albertino: sono stati lodevolmente migliorati nella forma. La materia ha ricevuta una migliore collocazione per quel carattere di maggiore generalità che ha verso la materia susseguente: *Delle società*.

Digitized by Google

combinazioni ardite, mezzi artificiali di guadagno sconosciuti in altri tempi. L'*aggiotaggio:* ecco l'incubo e lo scandalo delle Borse di commercio, che provocò in Francia gli ordinamenti disciplinari del 1785 e del 1786, e più tardi fece interdire l'esercizio della Borsa (Legge 27 giugno 1793). Quando il Decreto del 6 floreale, anno III, volle riaprire le Borse al commercio che aveva mestieri di essere rianimato, trovò invece gli speculatori poco disposti, perchè il governo aveva potuto far chiudere una sala, ma restavano aperti tanti altri luoghi ove si facevano gli stessi affari, e molto più liberamente.

Allora si venne allo strano risultato di dovere comandare ciò ch'era stato proibito. Pertanto il Decreto del 13 fruttidoro, anno III, ordinò che la Borsa dovesse esistere, e che solo in quel luogo si potesse mercanteggiare l'oro e l'argento come tali e di una maniera assoluta; e negoziare (per campioni, s'intende) quelle merci che non fossero esposte in vendita (1). E qui una scarica di penalità draconiane. I contravventori sarebbero puniti colla prigionia di due anni, e persino colla berlina, aggravata da uno scritto a grandi lettere sul petto, col motto — *aggiotatore* — e alla confisca di tutti i beni!

Aggiotatori per quel Decreto erano ritenuti quelli che fossero convinti di aver venduti effetti di commercio senz'averne la proprietà al momento della vendita.

Coll'altro Decreto del 20 vendemmiale, anno IV, fu istituito il corso legale dei cambii e dell'oro e argento, coi risultamenti, ossia colle *liste* di Borsa. La istituzione venne completata colla Legge del 28 dello stesso mese, col ministero esclusivo degli agenti di cambio e sensali, e colla polizia del loro relativo esercizio. Ciò era per la città di Parigi; la Legge del 28 ventoso, anno IX, lo estese a tutta la Francia. Il Codice di commercio vi diede la sua ultima sanzione.

Bastino questi cenni. Noi non possiamo seguire le ulteriori applicazioni fattene fra noi, del resto non dissimili (2), nè segnalare gli ordinamenti interni delle Borse che non sono strettamente connesse col nostro argomento.

118. Ci fermeremo piuttosto sulle condizioni necessarie per intervenire alla Borsa, di cui si occupa anche il nostro Codice di commercio.

Tirando più addietro, si vede il Decreto del Consiglio (nel 1724, per Parigi) essere liberale dell'intervento a chiunque avesse affari da trattare alle Borse, e non solo ai commercianti di qualunque classe, ma ad ogni altro cittadino che mostrasse di tener domicilio in Parigi. Lunghi anni trascorsero: un Regolamento di polizia del 1795 parve voler interdire l'ingresso alla Borsa a coloro che non fossero negozianti od agenti di cambio. La Legge succitata del 28 vendemmiale, anno IV, non fece che dichiarare ciò che noi ripetiamo anche oggidì — la Borsa essere il luogo ove si riuniscono i commercianti, muniti di patente (aggiungevasi) per le loro operazioni di banca e commercio. Gli estranei, i semplici cittadini, il pubblico insomma, non era perciò escluso da questo santuario del commercio.

Questa Legge fu come a dire rinfrescata e rinvigorita dal Direttorio, all'intento di purgare la Borsa « de cette nuée d'ajoteurs sans « état qui s'y introduisent chaque jour sous le « vain titre de marchands forains », e si ordinò che sarebbero ammessi alla Borsa i soli agenti di cambio ed i sensali di mercanzie legalmente approvati; i banchieri e negozianti che indipendentemente dalla loro patente e dal pagamento del prestito forzoso (anche quella era l'epoca dei prestiti forzosi), giustificassero, nei modi che si prescrivevano, di avere case di commercio o di banca, e domicilio stabile in Francia.

Niuna cosa è al mondo più sdegnosa del commercio e più facile a sguisciare dalle compressioni governative. La Borsa rimase deserta: non si volevano osservazioni. Il governo fu costretto a cedere. Un Decreto del 1° termidoro, anno IX, dichiarò che la Borsa sarebbe aperta a tutti i Francesi che godevano dei diritti politici, e anche agli stranieri.

Il Codice di commercio si piantò colle for-

(1) L'articolo 5 del Decreto 27 pratile, anno X, diceva: « Il est défendu de s'assembler ailleurs « qu'à la Bourse et à d'autres heures que celles « qui sont fixées par le réglement de police, pour « proposer et faire des négociations à peine de des« titution des agents de change ou courtiers qui « auraient contrevenu, et pour les autres individus, « sous les peines portées par la loi contre ceux « qui s'immisceront dans les négociations sans titre « légal ».

(2) Come dichiara l'articolo 28, le Borse sono *autorizzate* (se la parola fosse concessa, bisognerebbe aggiungere *regolamentate*) dal governo: le autorizzazioni sono singolari, e i regolamenti dànno norme opportune ai luoghi, ai tempi, alle varie condizioni commerciali di un paese, serbando sempre i principii fondamentali stabiliti dal Codice.

Digitized by Google

mole che conosciamo, non essendo diverso il tenore del nostro. Non si poteva più tenere la porta di questo mercato massimo, lo chiameremo così, in cui si stabilivano e conchiudevano i più grandi affari, alle persone che volessero concorrervi. La moralità pubblica però non permetteva il contatto di gente inonorata, o che per lo meno simboleggiava la mancanza della fede commerciale. Sino dal 1766 un decreto del Consiglio ne aveva banditi i commercianti ed agenti interdetti per fallimento. Il Codice di commercio lo ritenne, e la sanzione passò in tutti gli altri che presero ad imitarlo.

Così siamo entrati nella interpretazione del nostro articolo 31.

Questo articolo riceve una necessaria estensione. Quelli che furono condannati per reati *contro la proprietà e la fede pubblica* non possono avere alla Borsa miglior voce dei falliti non riabilitati e dei pubblici mediatori interdetti o sospesi (1). Il nostro Codice penale vigente, nell'articolo 39: « L'interdizione dall'esercizio di una carica o impiego determinato, di una determinata *professione, negoziazione* ed *arte*, rende il condannato incapace di esercitarla per l'avvenire »; è perpetua. Vi è poi la semplice sospensione (art. 41). Niuno di così fatti potrà accostarsi alla Borsa (2).

119. Tutte le operazioni di commercio che si formano col consenso, e che avranno successivamente la loro esecuzione, si contraggono o possono contrarsi alla Borsa come in loro sede principale e nel maggior centro dell'attività commerciale, ove tutte le notizie, tutti i sussidi, tutte le opinioni si adunano e, per così dire, sfavillano nel contatto; e dond'esce, come da arbitrato sovrano, il giudizio del pubblico mercato, di cui la legge stessa riconosce l'autorità regolatrice (3). Sarebbe inutile pertanto l'occuparsi dei fatti od operazioni della Borsa da chi non scrive una istruzione pratica ad uso dei commercianti. L'ufficio del giureconsulto parrebbe esser richiesto quando si facesse luogo a distinguere il vario carattere delle operazioni che vi si commettono, in quanto alcune fossero accettate ed altre invalidate e condannate dalla legge di commercio. Ma noi vediamo la legge andarsene senza rimproveri e senza censure, e mentre l'aggiotaggio è fulminato dai moralisti, la legge vi sorpassa con un silenzio che si direbbe mesto e rassegnato quasi sentasi impotente a reprimerlo. Tuttavia le osservazioni del legista non sono inutili. Senza colpire di sanzione penale diretta le *operazioni di borsa* (che in tal modo sogliono chiamarsi gli ingegnosi artifizi dei quali parleremo un po' più avanti), la legge le coglie e le percuote in più d'un caso indirettamente, il che pure verremo notando.

120. *Operazioni di borsa.*

I fondi pubblici, dei quali è notà la perpetua oscillazione, sono il precipuo oggetto e la materia elastica e malleabile delle operazioni di borsa. Altri specula sull'aumento, e altri sul ribasso: il primo nel linguaggio del commercio è un *aumentista*, il secondo un *ribassista*. Quello compra nel momento che crede opportuno, aspettando per rivendere il vagheggiato rialzo del mercato, ma compra e paga; questo vende; amendue giuocano una partita e possono ingannarsi, ma infine corrono una alea lecita ed onesta, e fanno quello che tutti i mercanti sogliono in faccia ad eventualità che l'ingegno scandaglia — *mercatores consueverunt futura pronosticari* — senza poterle dominare.

Nè il *mercato a termine* può dirsi immorale ed illecito. Se, come altri osservò, i commercianti fossero ridotti a non comprare che ciò che possono pagare, e non vendere che le cose che possono consegnare, la cerchia degli affari sarebbe assai limitata. Non gli scambii materiali, bensì le operazioni di credito costituiscono la forza d'espansione e la potenza del commercio. Ma gli abusi ci spaventano: e più ancora ci tormenta la difficoltà di segnalarli in mezzo a combinazioni che non si possono bandire dal commercio, e contengono un'utilità reale.

È noto che le operazioni a termine sono di due categorie — *i contratti fermi e i contratti a premio.*

I contratti o mercati *fermi* sono impegnativi pel venditore e pel compratore; i titoli

(1) In Francia la Ordinanza del 1° termidoro, anno IX, escludeva dalle Borse i condannati a pena infamante. La dottrina fu nel senso che il Codice di commercio, col suo silenzio, avesse confermata quella proibizione (Bedarride, Comment. al titolo *Des Bourses de commerce*, num. 37.

(2) Alla Borsa stanno affisse le note degli agenti di cambio sospesi e dei falliti non riabilitati.

V'è sempre nei regolamenti di Borsa ordinata la esclusione di coloro che non godono dei diritti civili e politici.

(3) Qui pure è da avvertire che i regolamenti chiariscono quali elementi abbiano a considerarsi illegali per determinare il corso legale, come le cambiali poco accreditate; o insufficienti, come le obbligazioni a termine, specialmente se prolungato. Vedi appresso, num. 120 e 121.

venduti devono esser consegnati, ricevuti e pagati nel termine fissato; si guadagna o si perde. Io ho comprato cento azioni industriali al prezzo di 50 franchi per cadauna. Al fine del mese non costano che 45; io ho fatto un cattivo negozio perchè se voglio rivenderle, perdo 500 franchi. Noi ci siamo rimessi tacitamente o espressamente alla liquidazione che si fa ai 15 o al fine del mese (1). La liquidazione opera al momento della *esecuzione*, come si dice alla Borsa.

Il segreto dei *giuochi di borsa* consiste in tutto ciò che vi ha di fittizio e, diciamolo pure, di falso nel fondo, poichè chi vende non possiede realmente i titoli che vuol negoziare (vende *allo scoperto*); e chi compra non ha il danaro per pagarli: il pericolo e la rovina che ne conseguitano sono nella facilità di affrontare le più vaste speculazioni senz'altro capitale che quello della speranza e della temerità. In buoni termini è una scommessa: e si giuoca puramente e semplicemente sulla differenza dei corsi. I contraenti, già scaltriti di ciò che vogliono rispettivamente, vengono ai conti: chi è in perdita paga la differenza, per ricominciare un altro giuoco; o, si direbbe, un altro taglio di carte. La cosa può prendersi sul serio, ed esigere i titoli. Non è infrequente che si differisca d'accordo o per patto la liquidazione a un periodo successivo. Se una delle parti vuol realizzare l'operazione, allora suol prodursi un altro movimento, e le cose si vanno di più complicando. Qui lascierò parlare uno dei nostri distinti economisti, l'insigne prof. BOCCARDO.

« Tizio venditore vuol continuare la operazione. Egli deve consegnare a fin gennaio L. 5000 di rendita; probabilmente non ha i titoli (cioè ha venduto allo scoperto), e deve comprarli per trasmetterli al suo compratore che non vuol continuare il mercato. Ma Tizio non vuol finir qui la sua speculazione, brama continuarla sino alla prossima liquidazione della fine di febbraio; cerca un altro compratore a cui vende la stessa partita di rendite consegnabili al fine di febbraio. Così fa da una parte una compra per consegnare a Caio, dall'altro una vendita per realizzare le speranze che ha sulla prossima liquidazione.

« Lo stesso, in senso inverso, fa Caio compratore. Alla fin di gennaio è costretto pagare la somma pattuita a Tizio e ritirare i titoli; ma egli brama continuare la operazione: contrae quindi in primo luogo una vendita a fin gennaio, poi una compra a fin febbraio.

« È chiaro per tutto ciò che precede, che ad ogni liquidazione vi dev'essere in Borsa una certa massa di *offerte* di titoli o di danaro, e una certa massa di *domande* di questi stessi valori. E per necessaria conseguenza vi dev'essere un rialzo o un ribasso di titoli, a seconda che varia il rapporto di questi due termini. Se vi ha molta domanda di titoli, per parte dei venditori a consegna obbligati a darli ai loro compratori, i titoli stessi tendono ad alzarsi, e viceversa nel caso opposto » (*Dizionario dell'economia politica e del commercio*, v° Borsa, § IV).

121. Ma la cosa non finisce sempre per via di transazioni amichevoli. Quando il compratore non può soddisfare al debito, si viene alla rivendita dei titoli al corso della giornata: è ciò che chiamasi *esecuzione*. È chiaro che questo sagrificio è imposto dal ribasso dei fondi al compratore; come il rialzo sforza il venditore ad acquisti onerosi, talvolta a subire perdite enormi o il fallimento. Ma si è trovata una combinazione che chiamasi *Riporto*.

Il *riporto* non è che un prestito sotto forma di compra e rivendita a termine. Ciò ha il doppio vantaggio di permettere al commerciante che si trova pressato dal bisogno, di mantenersi in possesso dei suoi titoli; e a quello che ha dei fondi che non può rinvestire al momento, di procurarsi un impiego a corta scadenza con un lucro considerevole (2). È stato osservato che con simili operazioni alla spicciolata possono farsi e si fanno guadagni enormi.

Il *riporto* ha suscitate le apprensioni della giurisprudenza. Durante il primo Impero francese si aveva una fede pressochè illimitata nei rigori delle discipline e della penalità. Gli articoli 421 e 422 del Codice penale si erano intromessi, per così esprimermi, nei misteri della Borsa, e pronunziarono: « Le scommesse che saranno fatte sull'alzamento od « abbassamento degli effetti pubblici, saranno

(1) Ciò però non è fisso. In alcune Borse la liquidazione dei contratti a termine si fa ogni quindici giorni per le azioni delle strade ferrate e altri valori industriali: ogni mese per le vendite pubbliche.

Lo scopo della liquidazione è di accertare e regolare le operazioni pendenti, vuoi a termine o a premio.

(2) DESPANGLES, *Almanach de la Bourse*, v° *Report*; BOCCARDO, *Dizionario*, al luogo citato; COURTOIS, *Des opérations de bourse*, num. 51 e seg.; BÉDARRIDE, num. 410.

Digitized by Google

« punite colle pene dell'articolo 419 » (1). — Poi l'articolo 422: « Sarà riputata scommessa « di questo genere qualunque convenzione di « vendere o di consegnare degli effetti pub« blici, se dal venditore non verrà provato tro« varsi questi a sua disposizione al tempo « della convenzione, o aver dovuto trovarvisi « al tempo della consegna ».

Avanti la Corte di Parigi, in tempo ancora prossimo (11 marzo 1851), si agitò questione sulla validità di un riporto, e fu risvegliato il minaccioso fantasma dell'art. 422. La Corte, sull'esame del fatto, statuì trattarsi di un giuoco di borsa. Riconobbe che il *riporto* può essere un contratto serio e utile, ma può anche degenerare in delitto. Dipende dalle circostanze di fatto. È inutile il dire che l'applicazione dell'articolo 422 non è più possibile. Se vi è il *giuoco*, la conseguenza diretta è la restituzione delle somme strappate con questo mezzo; o la *eccezione di nullità* contro l'azione di pagamento. Ma col tempo siamo diventati meno rigorosi: bisogna convenirne; l'economista ha surrogato il moralista; la libertà delle contrattazioni ci fa meno paura. Gli scrittori moderni hanno analizzato il contratto di riporto, e non vi hanno trovato l'elemento dell'usura (2), che del resto comincia ad essere una parola antiquata.

I *contratti a premio* si chiamano anche *liberi*. Il compratore si riserba di recedere dall'acquisto in un termine stabilito, e di abbandonarlo, indennizzando il venditore con una somma pure determinata, che appellasi *premio*. L'epoca che suole fissarsi è quella di una liquidazione mensuale. Varia la forma. Tal fiata la facoltà è stipulata al venditore e non al compratore, che abbandonato il premio, può voler fermo il contratto. Altre volte il contratto riceverà la sua effettuazione mediante una dichiarazione dell'una o dell'altra parte entro un termine fissato, e corrispondendo un premio per l'acquisto definitivo; l'ingegno e il comodo rispettivo dei negozianti può inventare sempre nuove combinazioni.

—

122. Intanto la Borsa è una istituzione legale: essa è consacrata dall'articolo 28. È da rimarcarsi che mentre tante altre usanze e consuetudini del commercio, trovate esistenti, sono per dir così ricoverate nel Codice di commercio come ospiti graditi, ma vengono a trovarvi una regola di condotta, una disciplina, la Borsa è oggidì un istituto immediato della legalità, essendo ad essa affidato l'importantissimo ufficio di regolare i valori. Ciò è osservabile per noi che non facciamo un libro di economia politica, e non ci appartiene il ricercare cosa sia la Borsa rimpetto alla scienza della ricchezza; o, voltando carta, rimpetto agli scrupoli della moralità. Tutti ammettiamo, io credo, che è una cosa buona, di frequente abusata. Fermiamoci un momento al buono; diamo ancora uno sguardo agli abusi; vediamo quai freni, quali repressioni siano in dominio della legge.

Che il commercio sia improduttivo, secondo una vecchia scuola, poichè il disquilibrio dei valori cambiari non aumenta nè diminuisce la ricchezza generale, restando all'uno ciò che perde l'altro, non è più un'opinione seria. In effetto non è alla Borsa che si producono i valori, ma si stimano e si cambiano in modo così esteso, così concentrico e così efficace, che la circolazione irraggiando, come da centro, scuote e ravviva entro una certa periferia tutti gli elementi della vita commerciale. La legge di commercio, che è nello stesso tempo una grande istituzione sociale (che non sarebbe più tale se non avesse delle esatte vedute economiche), si pone precisamente in questo punto di vista: e non ignora che quello sarà pure il campo chiuso ove i più destri ed astuti, pronti a profittare di tutti gli eventi, coglieranno la palma: quello ancora ove si combatteranno

(1) Prigionia da un mese ad un anno; multa da lire 500 a 10,000; sorveglianza dell'alta polizia da due anni a cinque. — Era qualche cosa!

(2) Ecco ciò che ne dice Bédarride al num. 118: « On ne peut scinder l'opération; il faut apprécier « dans son ensemble. Le reporté, c'est-à-dire ce« lui qui vende ou achete en comptant pour acheter « ou vendre à terme, ne s'impose un sacrifice que « pour se ménager un chance de gain. Supposez, « en effet, que s'agissant d'une rente trois pour « cent, il ait vendu 70 fr. au comptant, et racheté « à terme a 70 fr. et 35 cent.; à l'expiration du « terme la rente pour être à 71. Dans ce cas, à « lieu de perdre 35 cent., il en gagnera 65, puisque « l'exécution de premier marché se serait fait un « taux de 70 fr. Le report, à l'aide du quel il a « pu proroger ce marché, lui donc a été favo« rable ». È manifesto, dice l'autore, che il contratto era per lui aleatorio: se invece di vendere a franchi 70 35 avesse ritenuti i suoi titoli, avrebbe guadagnato un franco. Si perde: si può perdere moltissimo in proporzione dell'entità complessiva dell'affare: ma non è questa la vicenda comune al commercio?

lotte ambiziose o disperate, ove le fortune potranno sparire o sorgere in un giorno, in un'ora, con rapidità spaventosa (1). La legge ha girato intorno, per così dire, ai pericoli; e vi appose quei blandi rimedi che poteva colle discipline interne della Borsa, col mandato regolato degli agenti di cambio e dei mediatori, e con altre previdenze di simil genere che qui non è luogo a numerare. A questo si aggiunge che non concede adito alla Borsa per i minori non autorizzati al commercio, per le donne maritate che non vi siano abilitate, per tutti coloro che non hanno libera l'amministrazione delle cose proprie.

Sventuratamente la legge non può impedire agli uomini di rovinarsi; e non può escludere quel *dolus* che si diceva buono non per altro che per distinguerlo da un altro ch'era peggiore; quell'astuzia piena di cinismo e d'audacia che generalmente domina il mondo. Eccoci dunque ridotti alla penalità dell'art. 389 del Codice penale, che si limita a condannare quelle frodi più manifeste e che esercitano la più visibile influenza sulle contrattazioni (2). Questa legge messa a confronto colla francese, citata al nº 122 (nota), mostra il cammino che le idee hanno fatto da quel tempo in poi; e come s'intenda la libertà del commercio, e come non si puniscano gli accorgimenti, per quanto sottili, quando le condizioni dei contraenti siano pari e non cambiate per insidie e dolo di uno di essi, e *i contratti di sorte*, le *scommesse* e il *giuoco* persino si riconoscano per se stessi legittimi (articolo 1102 del Codice civile).

Insomma veri *giuochi di borsa*, in quanto siano repressi dalla legge, non ne abbiamo. Mi accorgo che i Francesi continuano ad esser più rigorosi di noi in tale materia.

Una decisione, che si può dire recente, della Corte di Parigi (14 marzo 1853, *Journal du Palais*, pag. 586) disse che i *libri di commercio non fanno prova in giudizio*, e l'agente di cambio non può farne fede coi proprii quando trattasi di *giuochi di borsa* fatti illeciti. Se un commerciante ha venduto una partita di effetti pubblici o di mercanzie senza possederne i titoli e averne la proprietà, fa una cosa seria, si obbliga, azzarda, ed è ciò che rende il contratto legittimo, e deve ben presto realizzare l'impegno o consegnando dei veri titoli, o porgendo indennità sufficienti. Aggiungete che è una indagine sommamente perniciosa al commercio, una indagine impossibile, quella di sapere non già quale obbligazione sia stata contratta fra le parti, ma in quale posizione si trovassero al momento del contratto per rispondere al loro impegno. Questo sistema favorirebbe la mala fede, e nient'altro; poichè l'uomo d'onore si farà carico di acquistare i titoli per consegnarli, o con altri valori soddisfare il debito. Forse la moralità *in genere* ne sarebbe giovata; ma nella specie e nel fatto, il vantaggio resterebbe alla frode che si trasforma in vittima perchè perdente.

---

123. *Corso dei valori di cambio.*

La legge si guarda bene dal farsi arbitra dei valori: essa li riceve dai fatti che si costituiscono commercialmente, ossia dalla mano dello stesso commercio: solamente fa ogni suo potere per appurare e, se mi si permette la frase, per liquidare le fonti onde desumerne la notizia. Il Capo II che susegue è la parafrasi del Capo I; dimostra cioè le cure previdenti del legislatore affinchè gli affari che si trattano alla Borsa abbiano guarentigia di regolarità, d'ordine, di legalità nelle discipline dei modi e nel ministero delle persone. E l'opera del legislatore non è compita: ma vi hanno regolamenti generali, e la istituzione di ogni Borsa ne ha uno speciale, come di sopra notai. I valori di cambio che più interessa di determinare, sono quelli enunciati in distinte categorie dall'articolo 29.

---

(1) Il presidente Manno, che io ho stimato grande, quando tolto duramente dal seggio, ove ad onor nostro primeggiava, per soverchio di età, come si disse, a quei materializzanti lo spirito, nobilmente rispondeva con un lavoro pieno di gioventù e di vita, intitolato la *Fortuna delle frasi*, scrisse: « O Diva (Fortuna), che più non reggi le mura d'Anzio, ma hai trono perenne nella Borsa di Parigi e di Londra, trono annuale nel gabinetto ministeriale delle nazioni credute libere, e perfino, qualche rara volta, trono elettivo in commissioni parlamentari di strade ferrate, salve ».

(2) Art. 389. « Coloro che spargendo fatti falsi nel pubblico, o facendo offerte maggiori del prezzo richiesto dai venditori stessi, o concertandosi coi principali possessori di una medesima mercanzia o derrata perchè o non sia venduta o sia venduta a un determinato prezzo, o che per *qualsivoglia altro mezzo doloso*, avranno prodotto l'alzamento o l'abbassamento del prezzo di derrate, di mercanzie, di carte o di *effetti pubblici al disopra o al disotto di quello che sarebbe stato determinato dalla libera e naturale concorrenza dei commercianti*, saranno puniti col carcere da un mese ad un anno, e inoltre con multa da lire 500 a lire 5000 ».

Digitized by Google

Determinare il corso dei cambi, *dei prezzi*, ecc., è una formola esatta; ed equivale al *determinare lo stato dell'opinione pubblica sui rapporti dei valori*. Così la Borsa è come uno specchio in cui si riflettono non solo le vicende del commercio, ma quelle ancora più grandi della politica universale; e pressochè riassume, nei tratti che la riguardano, la storia contemporanea. È chiaro che qui prendiamo la parola nella sua generalità, che meglio si esprime nei grandissimi centri, come alle Borse di Parigi, di Londra, d'Amsterdam, ecc., ond'emana quella potenza di azione che esercita un predominio morale sui centri minori. Ciò non cancella, per così chiamarla, la fisonomia dei commerci che nei singoli paesi s'ispirano da condizioni proprie e, come a dire, individuali, molto meno il carattere delle nazionalità; così i fondi italiani cadono sempre più alla Borsa di Parigi che a quella di Torino o Firenze; perchè sentiamo pure una fiducia maggiore di quella che gli stranieri sentano dei fatti nostri.

Peraltro quella che la legge chiama *determinazione*, e che infine diventa specifica pel solo commercio del paese, non concerne che gli *effetti pubblici* o dello Stato. Il corso è stabilito nelle liquidazioni, che riassumono in media gli affari di quel periodo, e reggono da un periodo all'altro. Il corso di cambio che riguarda negozi d'altra natura, non è infine che un risultamento storico onde si manifesta la condizione attuale della commercialità in quel ramo, e fornisce dati autentici a regola dei commercianti, che non sono però obbligati a seguirla.

124. La naturale libertà di chi tratta i proprii negozi non ha la stessa ragione negli intermediari legali se non sono specialmente autorizzati. È una caratteristica della legislazione commerciale alla quale si deve por mente.

L'agente di cambio incaricato di comprare o vendere carte di credito sur un'altra piazza, il mediatore o sensale a cui è commesso di vendere una data merce, generalmente parlando, non può dipartirsi dal corso ufficiale; egli se ne renderebbe personalmente responsabile.

Il corso legale ed ufficiale è obbligatorio:

1° A regolare le compre e le vendite contratte *a corso medio*;

2° Quelle statuite al *corso di giornata*, o si riferisca al contratto, o alla consegna, o ad altro punto o fase della convenzione;

3° Quando, nella ipotesi dell'inadempimento, si tratti di stabilire una base ai danni ed interessi;

4° Quando al ritorno di una tratta insoluta, il portatore ha diritto a rimborsi, specialmente rispetto ai ricambi.

125. Si comprende abbastanza perchè la determinazione del corso legale sia stata affidata ad una classe di persone che pure esercita un ministero legale di quella importanza che vedremo al commento del seguente Capo. Messi fuori del commercio, codesti ministri del commercio, che non devono mai trattare affari proprii (articolo 53), si presentano con un carattere di fiducia che non dividono col volgo dei commercianti; hanno dovere di epurare i contratti dagli elementi fittizi, appiccaticci, di comodo o di *buona fede*, come dicono: senza nessuna missione per creare valori o influirvi, hanno quella di accertarli, di riconoscerne la sincerità, di farne un rapporto veridico.

La legislazione francese se ne occupò, l'abbiamo già detto; andò in collera, direi quasi, ma ci mise troppa *polizia* in mezzo; annullò, punì; non riuscì a nulla. I contratti a termine, a premio, le vendite *allo scoperto*, i tiri arditi e i subiti guadagni non cessarono. Giusto era però mettersi in misura perchè valori più fittizi che reali, le creazioni dell'aggiotaggio, non venissero a gettare nella formazione del corso legale elementi impuri e menzogneri. A questo intese la Legge del 2 ventoso, anno IV, la quale impose che ogni e singola negoziazione conclusa da un agente di cambio o sensale, venisse tosto proclamata ad alta voce, registrata dal banditore, colla indicazione del nome e domicilio del venditore o del depositario dei valori, se si trattasse di specie metalliche, acciocchè potesse la polizia verificare *la esistenza delle cose vendute*, che era l'incubo del legislatore.

Lo ripeto: questo era troppo. Poco appresso si batteva in ritirata. Il Decreto del 27 pratile, anno X si limitò a verificare i titoli del debito pubblico: alle mercanzie e derrate d'ogni natura fece grazia.

Non proseguirò più oltre una storia omai inutile. Percorrendo i Regi Decreti e i Regolamenti annessi che si vengono emanando alla istituzione delle singole Borse di commercio, possono vedersi ed apprezzarsi gli elementi di valore che si trovano abili a concorrere nella formazione del corso legale. Si è dovuto abbandonare l'idea di una protezione cui la morale applaude, senza dubbio, ma che ripugnante alla libertà del commercio, resa inutile per la forza delle cose, era semplicemente un errore generoso. Chi ha promesso, chi si è obbligato deve corrispondere, ecco tutto. Invece di cogliere l'aggiotaggio nei suoi cupi recessi quale un delitto, e così metter fuori del calcolo i suoi

prodotti colpevoli, si è adottato un criterio dedotto puramente dalla teoria del valore di cambio, e quivi la legge si è fissata.

Suole pertanto prescriversi nei regolamenti di Borsa, che a determinare il corso legale si tengano in conto precipuo i contratti che si fanno a contanti, o presentanei o alla breve e consueta scadenza delle cambiali, definibili a prossime liquidazioni: quei valori insomma che appaiono costituiti in una relazione diretta coll'oggetto della negoziazione. Sogliono perciò escludersi dal coacervo, come dicesi, dei prezzi i contratti legali *a termine*, specialmente se prolungato, implicando elementi convenzionali, soggettivi, si direbbe, che derivano ed hanno la ragione nei particolari rapporti delle parti, anzichè dalla pura e semplice estimativa del valore corrente. Del pari, in materia di cambiali, si fa ammonimento ai liquidatori del cambio di non far ragione di quelle che sono mal guarentite da firme poco accreditate, e ciò o perchè in vista del pericolo possa ritenersi la somma esagerata, o perchè contratti d'esito molto incerto, non siano dotati di una realtà effettiva per passare al grado di dato storico nella formazione del prezzo legale. Con questa specie di eliminazione si è venuto appurando il materiale statistico, e, sino a un certo punto, inabilitando i portati dell'aggiotaggio, che spingono le loro speculazioni nel tempo e nell'aspettazione di future vicende (1).

CAPO II.

DEGLI AGENTI DI CAMBIO E SENSALI

AVVERTENZA PRELIMINARE

Questo Titolo, benche diviso in molti articoli, si compendia nelle parti seguenti:

1ª Fondamento giuridico della istituzione dei pubblici mediatori (articolo 32);
2ª Differenza fra mediatori pubblici e privati (articoli 33, 34);
3ª Esercizio esclusivamente riservato ai pubblici mediatori (articoli 35, 36, 37);
4ª Delle varie specie ed uffici dei sensali (articoli 38, 39, 40, 41, 42, 43);
5ª Cumulo delle funzioni di agente di cambio e di sensale (articolo 43);
6ª Pubblicità che deve darsi ai nomi dei pubblici mediatori (articolo 44);
7ª In quale rapporto sia costituito l'ufficio dei pubblici mediatori coll'interesse delle parti (articolo 45);
8ª Obblighi documentali annessi all'ufficio (articoli 46, 47, 48, 49);
9ª Responsabilità e doveri degli agenti di cambio rispetto alle condizioni intrinseche e alle manifestazioni dei loro contratti (articoli 50, 51, 52);
10ª Incompatibilità delle funzioni dei pubblici mediatori, con altri esercizi od operazioni (articoli 53, 54, 55, 56);
11ª Diritti pecuniari ed azioni (articoli 57, 58);
12ª Penalità a cui i pubblici mediatori sono soggetti (articoli 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65);
13ª Diritti e azioni dei sensali che non sono pubblici mediatori.

(1) Chi volesse veder qualche esempio di questo operare legislativo, posso, fra i tanti, accennare all'autorizzazione della Borsa di Bologna, data con Regio Decreto 3 novembre 1861.

L'annesso Regolamento insegna le vie da tenersi nella formazione dei prezzi legali.

È istituito un ufficio detto del Consiglio sindacale, che ha la missione di determinare il corso autentico dei fondi pubblici dello Stato; dei fondi industriali e nazionali; dei titoli di debito della provincia e comune, sulla base delle dichiarazioni dei mediatori testificanti delle negoziazioni che passano per le loro mani dentro e fuori l'edifizio della Borsa.

Digitized by Google

Articolo 32.

La legge riconosce per gli atti di commercio agenti intermedi, che sono gli agenti di cambio e i sensali.

Essi hanno la qualità di pubblici mediatori, quando sono ammessi ad esercitare il loro uffizio nel modo stabilito dalla legge.

L'ordinamento dei pubblici mediatori e le condizioni della loro ammissione a questo uffizio sono retti da leggi e regolamenti speciali.

126. *Corso storico dell'agenzia di cambio e del sensalato: importanza che la prima acquista nei grandi movimenti finanziari: valore intrinseco della istituzione.*

127. *Venalità in Francia dell'ufficio, considerato proprietà patrimoniale.*

128. *Si esamina se, secondo le nostre consuetudini, vi abbia materia giuridicamente alienabile, e in quali limiti e condizioni.*

129. *Uno sguardo alla legislazione positiva francese e italiana, e rinvio all'*APPENDICE *in fine a questo Capo.*

---

126. Il commercio sembra non poter svolgersi in grande senza l'istrumento di persone intermedie; la legge dal canto suo è stata sempre sollecita di codesti intermediari per richiamarli nel giro della più stretta disciplina. Un po' di storia per addentrarci nello spirito della istituzione.

Con una di quelle frasi che non possono imitarsi, ULPIANO chiamava i sensali *officinæ contractuum* (Leg. 3 de provien.). Ma se crediamo ai glossografi, ciò era detto in senso tutt'altro che onorevole (1). Molto più tardi si venne riconoscendo l'utilità reale, e, direi, quanto v'ha di onorifico in questo ufficio, e la prova della sua necessità. Gli scrittori ne hanno trattato sotto diversi punti di vista, quanto alla costituzione e funzione di codesti mediatori, ma se n'è sempre parlato come di un fatto inerente al commercio (2). L'organamento della mediatoria si è pure ritenuto necessario, come in Francia, così in Italia, col rapido ampliarsi delle transazioni commerciali. Ma in tanta divisione e nell'infinito numero degli statuti, non si potrebbe afferrare in mezzo alle fasi del commercio italiano un momento che potesse dirsi il principio di partenza della istituzione in quanto venne a combinarsi ed a far parte di un sistema d'ordine pubblico.

In Francia la istituzione sembra rimontare alla Ordinanza di Filippo IV, emanata nel 1312. Ma i *courretiers de change*, così nomati, non ebbero titolo ufficiale, intendo uffizio esclusivo e proprio, se non coll'Editto di Carlo IX, del 1572, confermato da Enrico IV nel 1595. Severe punizioni furono inflitte a coloro che si arrogassero senza licenza — *le dit estat de courtier de change, banque et vente en gros de marchandises en aucun ville du royaume.* In quell'epoca le funzioni di agenti di cambio e sensali erano confuse. Il nome di *agent de courtage*, o *courtier*, appartiene a un'epoca posteriore, al 1639 (BÉDARRIDE, *Des Bourses*, n° 128).

Durante il regno di Luigi XIV gli agenti di cambio acquistarono grande importanza. Erano giunti i tempi grossi della finanza; gli eserciti stanziali, le guerre, il lusso, i bisogni della civiltà avevano cominciato il loro ciclo divoratore. Gli agenti di cambio spiegarono il loro genio in operazioni sino allora inaudite. Il governo volle mostrarsi riconoscente o anche attingerne qualche vantaggio pecuniario per sè, giacchè si era in tema di finanze. La classe degli agenti di cambio fu molto ampliata coll'Editto del 1705, pel quale si creavano nuovi uffici che si vendevano a prezzi sontuosi, quindi vi ebbe prodigalità di titoli, di privilegi, d'immunità: la carica venne nobilitata ed offerta alle maggiori notabilità del commercio.

La venalità degli uffici aveva prodotto i soliti frutti. Vi fu un periodo retrogrado: gli

---

(1) Glossa d'ACCURSIO — *officinæ id est vilia servilia — ut Dig. de infam. Leg. athletas, § ait prætor.*

(2) STRACCA, *De proxen.*, part. II e IV; TURRI, *De cambiis*, disp. 4, quest. 2; DE LUCA, *De regal.*, disc. 172; CASAREGIS, *De comm.*, disc. 140; ANSALD, disc. 67.

Digitized by Google

Editti del 1720, del 1723, del 1724, lo provano. Il numero degli agenti di cambio e dei mediatori fu ridotto a sessanta in Parigi: scelta e nomina del governo. Nel 1786 i bisogni incalzarono ancora: allora si fa danaro d'ogni cosa; risorse in tutto il suo vigore la venalità, e con essa il disordine.

Ho detto che la differenza nominale fra agenti di cambio e sensali era più antica: nell'anno 1720 (Editto 23 ottobre) le funzioni vennero distinte. Si vuole che il sistema di Law assorbisse, fra tante altre cose, anche gli agenti di cambio, inabissandoli per un momento nella sua voragine. Fatto è che gli intermediari del commercio privato si erano trovati scarsi al bisogno. La polizia ne andava creando dei nuovi; o privati esercitavano il mestiere con mandato dei commercianti. Allora nacque, come rimedio, l'Editto del 1720 che ho citato. Gli agenti di cambio restavano alle più alte funzioni; i sensali ebbero quelle più comuni dei contratti e delle negoziazioni, alle quali però erano sempre abilitati gli agenti di cambio.

La Rivoluzione distrusse anche questo. Abolite le corporazioni, si gridò abbasso al monopolio: la Legge del 17 marzo 1791 proclamò la libertà della mediazione di chiunque ne facesse dichiarazione al tribunale di commercio, e desse giuramento di osservare i regolamenti della Borsa finchè durassero.

Era l'epoca memoranda degli assegnati e del *maximum*. La libertà assoluta produsse il più micidiale aggiotaggio, poichè il terreno solido mancava ad ogni operazione seria: l'azzardo in tutto: la società andava in fascio.

Si può leggere nel proemio della Legge del 28 vendemmiale, anno IV, già da noi altrove ricordata, una pagina che non è delle meno eloquenti della storia della Rivoluzione. Il riordinamento degli agenti di cambio e sensali, il ritorno alla legalità, era reclamato ad alta voce dal commercio, e questo sia suggello del valore intrinseco della istituzione. Vi si aggiunse poco dopo la sistemazione delle Borse. Se l'aggiotaggio non disparve, si restrinse in proporzioni tollerabili.

127. Poichè abbiamo cominciato, continuiamo per poco questo cenno storico, in quanto tocca più specialmente il carattere dell'ufficio.

L'Ordinanza del 28 aprile 1816 segna l'epoca nuova. Con essa si vide risorgere la questione della proprietà, e quindi della venalità dell'ufficio (1).

Se aveva un precedente nel fatto dei notai, che senza una vera ed espressa dichiarazione di legge avevano tratti dalla Legge del 25 ventoso, anno XI, degli argomenti sufficienti per ritenersi investiti della proprietà dell'ufficio, e del potere di sceglierai il successore. Gli agenti di cambio ed i sensali disponevano non meno liberamente del proprio. Si sa che l'ufficio di agente di cambio fu venduto talvolta a prezzi favolosi. L'acquiescenza del governo a simili traffichi era comprovata dalla tolleranza continuata: complice, per così dire, la giurisprudenza, che vi prestava il suo appoggio. La Legge del 1816 taceva, ma si erano già lette tante altre cose nel silenzio della legge.

Le querele assordarono il Ministro della giustizia, che fu costretto a parlare; e nella Circolare del 21 febbraio 1817 disse nobili parole contro la omai caduta e non redimibile venalità degli uffici, e vendicò la legge dall'accusa di reticenza che le veniva mossa. Contro la proprietà dei titolari, ch'era una piaga dell'antico sistema, sorse a protestare l'opinione pubblica avanti la Camera dei deputati. Pare che la Camera si astenesse dall'interloquire sopra una questione che, concernendo l'interpretazione di una legge, s'intendeva riservata al potere giudiziario. La Corte di cassazione si pronunciò in tre epoche diverse, nel 28 aprile 1816, nel 21 aprile 1832 e nel 26 giugno 1841, a favore non veramente della proprietà del titolare (in tema di ufficio notarile), ma della facoltà legale di nominarsi un successore all'ufficio, anche per mezzo di cessione a causa onerosa, o col trasmetterlo negli eredi. Del resto la dottrina francese si esprimeva in questo senso per mezzo dei più insigni suoi interpreti (2). Gli agenti di cambio e i sensali vi prendevano posto, ossia l'applicavano a se stessi, senza contrasto.

La loro carica era dunque considerata come una proprietà, libera quanto esser poteva, sotto la sorveglianza immediata e la tutela del governo, sì per quanto concerne la qualità personale del successore, che per l'onestà e mo-

(1) La venalità, ossia l'alienabilità di non pochi pubblici uffici, era in uso ben in altri paesi ancora: fra gli scrittori pratici che più fiorirono a Roma nei tempi nuovi, e ne parlarono ampiamente, possono vedersi il COSTANTINO e il cardinale DE LUCA.

(2) TOULLIER, tom. II, pag. 198; DURANTON, t. IV, pag. 157; DUVERGIER, tom. III, pag. 182; TROPLONG, nel trattato *Della vendita*.

Digitized by Google

derazione dei patti della cessione. La Legge del 25 giugno 1841 è venuta a porre una regola alla disponibilità degli uffici, confermando ad un tempo la proprietà della carica. A fronte di tutto questo il governo si è riservata la sua piena libertà d'azione. Egli aumenta o diminuisce il numero degli agenti di cambio e dei mediatori, e in ciò si ritiene affatto indipendente dai rapporti che possono seguire fra le parti dalle trasmissioni ch'esso approva. Prima però della Legge del 1841 vi furono delle opposizioni; i titolari in esercizio sostenevano che se il governo può nominare altri funzionari, egli doveva rispettare i diritti acquisiti. Il governo respinse energicamente tali pretese. Ma fu adottato un temperamento: gli agenti di cambio che restavano in attività in presenza della soppressione più o meno estesa di altri esercenti, vedevano d'assai migliorata la loro posizione, e cogli affari accrescersi i guadagni; e parve equitativo il sommetterli a una certa moderata indennità, arbitrata dal governo a favore di quelli ch'erano stati dimessi in forza di un ordinamento generale e senza loro colpa.

—

128. Fin qui la nostra narrazione non manca d'interesse. Oltre quello che sempre offre l'esame comparato delle legislazioni, e il possesso di una nozione storica che riguarda lo sviluppo della istituzione nel paese che ce ne ha fornite le norme principali, è messa in rilievo la gravità della funzione, la influenza che esercita in commercio, e quella che può esercitare nei destini finanziari di uno Stato. È la forza essenzialmente attiva del monopolio piantato nei centri della ricchezza circolante. La legalità di questo monopolio vi accresce vigore sotto la protezione del diritto. La legge, come vedremo negli articoli che seguono, si adopera di circoscriverlo nei limiti della necessità, solo mezzo di renderlo utile e rispondente al fine che si propone. Noi non siamo punto disposti ad estenderne, per così dire, i privilegi; e molto meno ad attaccarvi un vero diritto di successione per rendere questo monopolio dinastico o patrimoniale.

Si risponderà che l'avvocato, il notaio, l'agente di cambio, ha saputo procurarsi una clientela, frutto delle sue qualità personali, della sua probità, della sua attività, della sua intelligenza: è cosa che lo riguarda: perchè non gli si accorderebbe un diritto di avviamento come ad un commerciante?

L'osservazione ha la sua parte ragionevole, ed ecco quanto io penso su questo proposito.

La qualità, la quantità delle relazioni, la clientela, il seguito di persone confidenti nella nostra abilità, e in quanto ci distingue e ci mette al di sopra degli altri professionisti, è un prodotto che si raccoglie, per così esprimermi, nel nostro fondo; giusta ricompensa del merito e delle fatiche. Ma separiamolo bene da un avviamento commerciale, si trattasse pure della clientela di un agente di cambio. Nell'avviamento di un negozio, nel quale ha certo gran parte l'industria e l'abilità personale, molte circostanze materiali influiscono: i capitali che vi abbondano sotto una forma qualunque; la scelta, perfezione e freschezza, come dicono, delle mercanzie; la discretezza dei prezzi; la posizione locale, e via discorrendo. Non si dipende dalla capacità personale del commerciante, non gli si domanda che presti un'opera ch'egli solo può dare così utile e così buona. È lo stabilimento che attrae, e quando esso è mantenuto in quello stato che formò la sua riputazione, e da cui ripete il concorso, non ci occupiamo della forza mentale e del sapere di chi lo amminislra e dirige. Con questo io non voglio dire che un notaio, per esempio, un avvocato, non possa trarre un giusto e onesto profitto dalla onorata posizione che ha saputo farsi, cedendo il proprio studio. Anche gli eredi possono risentirne un vantaggio. Vi sono sempre degli aspiranti ad uno studio affollato di clientele che rimane deserto del suo capo. Propriamente non si cede che una occasione di guadagno: un mezzo favorevole di esercitare dei talenti che tante volte rimangono sterili per mancanza d'occasioni. Non vi è nulla d'illecito in un tale contratto. Sotto questo punto di vista non si può negare un diritto consimile ad un agente di cambio che vuole ritirarsi dal commercio: havvi però di mezzo una differenza notevole.

Nell'esercizio di una professione libera la nomina di un successore non preoccupa le disposizioni della pubblica amministrazione. Se chi acquista lo studio, l'ufficio di un avvocato o procuratore, è degno di succedergli, può sperare che la fiducia dei clienti gli sarà continuata; egli non ha bisogno d'altro. L'agente di cambio, siccome qualunque altro che ha la sua posizione dal placito governativo, è in caso diverso: il successore ha delle maggiori difficoltà da superare; egli non si mette addirittura in possesso dell'affare come quegli che subentra al procuratore defunto o cedente; egli non può fare appello, come il primo, alla opinione pubblica che lo ha giudicato capace, ed è disposto a contentarsene. Osservando pertanto la legalità della cessione dell'ufficio

di agente di cambio nell'aspetto del diritto meramente privato, che nei nostri costumi è il solo possibile, facciamo una distinzione fra la cessione spontanea e personale, e qualunque altro modo di trasmissione. Soltanto in quel caso può concepirsi una base di diritto atta a sostenere sino ad un certo punto la contrattazione. Tizio, agente di cambio assai abile e riputato, si ritira per lasciare il suo posto a Caio, e in questo modo gli fa abilità di chiedere al governo la posizione ch'esso già occupava; gli promette di raccomandarlo ai proprii clienti e di fargli testimonianza d'onore; procurare insomma per lui e pei suoi vantaggi. Al postutto Tizio vende a Caio una speranza; che come ogni speranza può svanire o realizzarsi (1).

Così poste le cose in ordine al diritto, noi siamo ancora a buona distanza dalla consuetudine francese. In Francia la presentazione del successore è una vera prerogativa dell'agente di cambio dello stesso titolare: un diritto degli eredi ed aventi causa, e persino dei legatari, donatari e creditori (2). L'agente di cambio dispone francamente della sua carica per donazione fra vivi o per testamento. Come la chiamano quegli scrittori, è una proprietà *sui generis*, la cui disponibilità ha per condizione il beneplacito del governo. Presso di noi la cessione, la eredità, il legato non è un titolo giuridico che possa farsi valere nei penetrali della pubblica amministrazione, e dissi *titolo*, benchè non *diritto:* non si conosce facoltà di presentazione a modo del patrono; il concorso è libero; l'agente di cambio e il sensale sono accettati per capacità e probità dopo esami e prove, come dirò più avanti: ne segue che il cessionario, se vi è stato, ha fatto un contratto da misurarsi, nei rapporti col cedente, secondo le norme ordinarie di ragione; ma a fronte delle eventualità che s'incontrano, vi è ben poco allettamento ad un tale acquisto. La venalità insomma non cade nell'ufficio, e soltanto resta alienabile quello che si direbbe *capitale di riputazione acquistato dal privato in quell'esercizio* in quanto il successore possa, anche in altrui vantaggio, giovarsene.

129. *Legislazione positiva.*

Ci limitiamo a cenni di date: nel fine poi del commento a questo capo, stimando noi opportuno di riportare in via d'appendice il tenore testuale della nostra Legge dell'8 agosto 1854, vi porremo a riscontro la parte storica della legislazione francese a mo' di chiosa, e aggiungeremo qualche speciale avvertenza.

Lasciando gli editti di data più remota, meritano ricordanza: 1° Gli Editti o Decreti del Consiglio del 1720 e 1724, nei quali venne dichiarata la età dei candidati all'agenzia di cambio e al sensalato, modificata poi dal Codice; il Regolamento del 5 settembre 1784; i Decreti del Consiglio del 19 maggio, 10 settembre e 2 dicembre 1786, e 10 giugno 1788; 2° La Legge 39 germinale, anno IX, e 27 pratile, anno X, ove furono stanziati le qualità politiche che dovevano trovarsi negli agenti di cambio e sensali, il modo di esercizio, le discipline, ecc.; 3° La Legge 22 nevoso, an. IX, che rese obbligatoria la creazione degli agenti di cambio e sensali presso le singole Borse; i Decreti del 28 agosto 1808 e del 22 dicembre 1812, che modificano la prestazione pratica della cauzione; 4° La Legge del 28 aprile 1816 e la Ordinanza del 29 maggio detto anno relative alla istituzione della Camera sindacale (3), e quindi all'ufficio e forme della mediatoria; 6° L'ordinanza del 9 gennaio 1818; 7° I Decreti dell'8 marzo e 25 dicembre 1852.

Prima del Codice di commercio la materia fu ordinata in Piemonte dalle RR. Costituzioni (Libro II, Tit. XVI, Capo III e IV); dal R. Editto per la Sardegna del 30 agosto 1770; dalle RR. Patenti del 24 febbraio 1784.

Per la Toscana meritano ricordo le Leggi del 21 novembre 1757, 22 marzo 1758, 24 gennaio 1769, e le *Istruzioni ai mezzani della città di Livorno* del 25 maggio 1770.

La nostra Legge 8 agosto 1854, susseguita dal Regolamento dello stesso giorno, intese ad una vera riforma del Codice di commercio del 1842; le sue disposizioni sono state in gran parte rifuse nell'attuale (V. l'*Appendice* dopo il presente Capo).

(1) Vi ha la materia cessibile consistente nel morale prodotto dall'abilità personale, cioè nella stessa clientela in quanto può essere sorgente di nuovi e forse cospicui guadagni al successore: ond'è manifesto, che un impiegato, un funzionario qualunque, che non fa che rendere servigi al governo mediante stipendio, nulla produce per sè che possa esser oggetto di cessione: e qualunque convenzione si facesse, ritirandosi dall'impiego per farvi subentrare un terzo con mezzi che non potrebbero essere che indiretti o biasimevoli, sarebbe nulla.

(2) BÉDARRIDE, *Des Bourses de commerce*, n° 146 e 147; MOLLOT, n° 99; TROPLONG, v° *Vente*, n° 145.

(3) Della quale parleremo all'esame dell'art. 44.

Digitized by Google

Articolo 33.

Niuno può essere agente di cambio o esercitarne l'uffizio senza la qualità di pubblico mediatore.

Articolo 34.

Nelle altre specie di mediazione l'uffizio di sensale può essere esercitato anche da colui che non è pubblico mediatore.

Ma i sensali che non sono pubblici mediatori, non hanno i diritti e i doveri che la legge stabilisce per questi ultimi.

Articolo 35.

Soltanto ai pubblici mediatori è riservato di fare gli atti che le leggi o le sentenze affidano in modo speciale al ministero dei mediatori.

Questi atti, fatti da altri dove esistono pubblici mediatori, sono nulli.

130. *Dell'ufficio dei pubblici mediatori: differenza fra sensalato ufficiale e non ufficiale.*
131. *Necessità di far capo in giudizio ai mediatori ufficiali in fatti di commercio. Modificazioni che l'articolo 35 arreca ad alcune disposizioni della procedura civile.*
132. *Cenno teorico e generale sulla virtù derogatoria del Codice di commercio al sistema ordinario delle prove statuite dal Codice civile.*
133. *Passaggio dai fatti legali ai convenzionali. Se l'articolo 35 estenda la sua sanzione alle transazioni che si operano per mediatori.*
134. *La disposizione dell'articolo 35 non può portarsi sino all'annullamento delle convenzioni rese perfette fra terzi: a quali effetti si produca. Opinione degli scrittori.*
135. *Continuazione. Esposizione della dottrina.*
136. *Come la teorica dell'articolo 35 sia applicabile avanti i Tribunali civili giudicanti per incidenza di fatti commerciali.*
137. *Dei caratteri generali che discernono l'operato del privato mandatario da quello del mediatore ufficiale.*
138. *Di altri distintivi più speciali dedotti dalla pratica giurisprudenza.*

130. I pubblici mediatori si dividono in agenti di cambio e sensali. I primi hanno un grado superiore in questa gerarchia in quanto sono incaricati di funzioni di maggiore interesse generale, come vedremo. Del resto, fra le funzioni varie, si recano guarentigie e si subiscono penalità in gran parte comuni, il che non toglie ai due ordini di funzionari il loro chiaro e distinto organamento.

L'agente di cambio è sempre un mediatore pubblico. Il sensalato può essere esercitato anche da chi non è mediatore pubblico. Allora non ha nulla d'ufficiale; è una missione privata, spontaneamente offerta, spotaneamente accettata; non scevra di diritti e doveri, regolati però dalla legge comune. La preferenza, il privilegio della mediatoria ufficiale, è indubitato. Dice l'articolo 43 « che il ministero dei pubblici mediatori non è obbligatorio pei contraenti ». Ma, come diremo a suo luogo, ciò significa che i commercianti possono condurre da sè i propri affari, rimettendosi soltanto ai pubblici mediatori in quanto vi ha di esclusivo nel loro ufficio (1). Del resto la linea di separazione è energicamente tracciata nella parte seconda dell'articolo 34, avvalorata dal seguente: « I sensali che non sono pubblici mediatori non hanno i *diritti* e i *doveri* che la legge stabilisce per questi ultimi ». Il redattore si ricordò di queste parole, quando pose

(1) In quanto cioè riguarda la formazione del prezzo legale al quale i contraenti vogliano o debbano riferirsi.

Digitized by Google

nell'articolo 39: « I sensali di merci *hanno diritto* di esser mediatori, ecc. ». Nel 42: « I sensali di trasporti per terra..... *hanno diritto*, ecc. ». È chiaro che in questi ed altri articoli si parla di sensali che hanno qualità di pubblici mediatori, senza di che non suonerebbe la formola imperiosa *hanno diritto*. In altri termini, i sensali ufficiali devono essere anteposti ai non ufficiali, e in questo il privato, che per una sua negoziazione di quel genere ha bisogno di servirsi d'intermediari, non ha libertà. L'avrebbe soltanto (la libertà di chi non può fare altrimenti) quando nel luogo non esistessero sensali patentati (1).

131. La esclusività del ministero dei pubblici mediatori è chiaramente posta nell'articolo 25; dev'essere eziandio rispettata in giudizio. Occupiamoci un momento di questo.

I tribunali (2) non possono eleggere, per qualunque bisogno della giustizia, che mediatori ufficiali (articolo 35). Ma che vuol dire *atti che la sentenza affida in modo speciale al ministero dei mediatori?* Tutti quelli, io ritengo, nei quali è richiesta dal giudice la loro opera in affari contenziosi, ed ai quali essi medesimi, i mediatori, sono estranei.

Il Codice di commercio fa qui un poco della procedura per necessità onde completare la prescrizione dell'art. 35: *gli atti sono nulli*; certo quelli di cui si è detto sopra. Si avrà bisogno di una perizia di merci, di riferirne il valore e dichiarare il prezzo corrente all'epoca del contratto, o liquidare partite e conti fra commercianti, nei quali c'è un po di tutto questo (3). Il pubblico mediatore è dunque il perito legale, indeclinabile, in tali materie. La nomina caduta in persona di mediatore non ufficiale, la perizia, la operazione che per lui si facesse, sarebbe nulla, cioè inattendibile: la sentenza così ordinante è nulla. Nè qui avrebbe luogo la discretiva, se esistano o no in luogo di tali mediatori pubblici: il giudice dovrebbe cercarne in altro paese ove sono. Gli *atti nulli* pertanto sarebbero quelli che inchiudono per fatto del giudice la nomina illegale; quelli che gl'illegalmente nominati eseguiscono. Il processo con tutte le altre prove resterebbe fermo.

132. Questa legge modifica alcune disposizioni della procedura civile; il che è bene avvertire. « La perizia, dice l'articolo 253 della detta procedura, è fatta da uno o tre periti, secondo che *sia stabilito dalle parti*, od ordinato dall'autorità giudiziaria ». Nel capoverso di quell'articolo si ammettono le parti ad *accordarsi* sulla nomina dei periti. L'articolo 35 del Codice di commercio non permette alle parti codeste facoltà. Non solo esse non possono intendersi sulla *qualità*, ma neppure sulla *quantità* dei periti o sulle persone.

E poichè siamo sul parlare delle modificazioni recate dalla legge di commercio al sistema probatorio comune statuito nel Codice civile, e sembrando questi riflessi acconci al discorso che viene appresso (nº 136), diremo essere cotali modificazioni restrittive o ampliative. Il Codice di commercio ha dei mezzi suoi proprii, dei mezzi che non tollerano il concorso di verun'altra prova onde attribuire a certi fatti convenzionali una significazione assoluta. Il legislatore ha dovuto persuadersi che i grandi interessi del commercio avevano bisogno di fissarsi sopra determinate documentazioni, positive, preordinate e da lui descritte con estrema diligenza; fornite di requisiti estrinseci nei quali tutto il mondo potesse leggere, e coi quali ognuno potesse fare i suoi conti, senza dovere occuparsi degl'intrinseci motivi e delle intenzioni non espresse. Può chiamarsi, se si vuole, un sistema restrittivo; ma ben guardando, è palladio di libertà: conciossiachè ogni guarentigia d'ordine è diretta a favorire la libertà, in quanto dirige e conduce a quello scopo che gli uomini lecitamente si propongono. Per certo il passeggiero che s'incammina per vie non facili ad una meta desiderata, non si duole di turbata libertà perchè la via sia contrassegnata di termini fissi e

(1) « Les agents de change e les courtiers ont le « *droit exclusif* de servir d'intermédiaire des opé« rations commercials dans les villes où sont éta« blis » (PARDESSUS, *Droit comm.*, nº 125.

La dizione — *dove esistono pubblici mediatori* (articolo 35) — deve dunque intendersi nelle *città* o grosse terre commerciali dove ce ne possono essere. Fuori di quella cerchia si potrà far uso di mediatori privati, perchè non si dev'esser tenuti a viaggiare per ritrovarli; il commercio, che già se ne ritiene un pochino impacciato, lo sarebbe di troppo.

(2) Di commercio, s'intende; e anche civili qualora assumano cognizioni di fatti commerciali, come vengo a spiegare più avanti.

(3) Distinguiamo ciò che l'articolo pure distingue — *legge da sentenza*. — Esso contiene due concetti distinti: spiega che gli atti di cui sono specialmente incaricati *dalla legge i pubblici mediatori* non possono esercitarsi da altri mediatori. Eccoci dunque chiari su questo punto. Poi usa una espressione generica e per gli atti puramente professionali e per gli atti giudiziali, e dice *sono nulli*. Rapporto ai primi ciò significa *illeciti*. Degli atti illeciti parleremo più sotto.

30 LUG 1869

Digitized by Google

riconoscibili onde non perda il sentiero. In altra parte, la legge di commercio è liberale nel senso di ampliare i mezzi della dimostrazione, riflettendo al danno che sarebbe per recare al commercio il formalismo teorico delle prove e il loro preordinamento graduale, come negli affari civili (1). Basti per ora questo cenno riferibile a quello che chiamiàmo *gius sostanziale probatorio* per riscontrarlo un po' più avanti col semplice ordine processuale.

133. Per quanto concerne i fatti legali da provarsi in giudizio, l'articolo 35 non ci lascia sospesi. Le prove dei fatti legali che la *legge affida ai pubblici mediatori* non si possono desumere che da loro; non è lecito surrogarvi altri mezzi di fonte privata o meno autentica.

La questione conserva ancora molta gravità in ordine ai fatti convenzionali. È di somma importanza il sapere se l'articolo 35 li contenga nella sua disposizione e nella sanzione di nullità colla quale si chiude.

134. La sistemazione della mediatoria potrebbe semplicemente considerarsi e credersi ordinata a questi due effetti, non mai contestati: 1° A stabilire coll'opera dei pubblici mediatori i prezzi legali dei fondi pubblici, il corso delle merci, dei premi di assicurazioni, e via discorrendo; 2° A determinarne gli attributi, a distribuirne le funzioni e regolarne l'esercizio, e quindi colpire di pena quei mediatori o pubblici o privati che si arrogassero funzioni di cui non sono legalmente investiti.

Ma quelle transazioni commerciali, che le parti accettano e concludono con reciproco e libero consenso, sono forse nulle perchè trattate e anche, se vuolsi, stabilite da mediatori illegali?

La Legge francese del 19 maggio 1801 (28 ventoso, anno IX), negli articoli 7 e 8, dichiarava nulle le operazioni condotte da intermediari senza qualità. Il PARDESSUS, sotto la impressione certamente del silenzio del Codice, sentendo nell'animo che la sanzione della legge dovrebbe conciliarsi coi superiori principii della equità e della buona fede, la interpretava così: « Que l'effet de la nullité prononcée doit se borner à interdire la preuve « de la opération par le registre et la témoignage de celui qui s'est indûment rendu intermédiaire. *Il ne nous parait pas qu'elle « puisse aller jusque au point de faire devier « toute action et toute exception.* Il n'y a ainsi « qu'une lésion d'intérêt privé, et l'engagement semble devoir s'exécuter comme celui « de deux partie qui aurait contracté devant « un notaire qu'elles savaient être incompé« tent » (*Droit commercial*, n° 125) (2).

Molti anni dopo il classico lavoro di PARDESSUS, e in tempo recentissimo, il BÉDARRIDE parve propugnare una massima opposta. Rammenta in prima a quali gravi penalità fossero soggetti gli agenti di cambio e sensali che avevano usurpate funzioni alle quali non erano autorizzati. Ciò non risolve punto la questione dei terzi. Che i commercianti possano valersi di mediatori, per così dire, amichevoli, non patentati, di loro particolare confidenza, niun dubbio; ma qui osserva BÉDARRIDE: *mais les transactions ainsi faites n'ont ni valeur ni autorité en justice.* Poi, ricordando la Legge dell'anno IX e l'Editto dell'anno X, dice che la nullità da essi comminata è generale ed assoluta. Niuna prova in contrario sarebbe ammessa (3).

Anche a volere accettare ciò che si ha di più severo nella dottrina di BÉDARRIDE (che or ora vedremo essere meno dura di quella che appare), la convenzione non sarebbe nulla in se stessa; ma rescindibile per volontà di una delle parti. Del resto, convien dire che i commercianti in generale non abbiano accettata simile interpretazione; e fedeli alla loro parola, non abbiano voluto suscitare questioni che sarebbero tornate in discredito del proponente. Difatti, come abbondano le decisioni relative all'esercizio illecito del sensalato, delle quali daremo un saggio in uno dei numeri seguenti, il campo è vuoto, almeno per quanto io ho potuto vedere, sul tema presente.

Ma lasciando star questo, noi ci troviamo però in faccia ad una legge nell'aspetto assai minacciosa, dicendo: *Questi atti* (che la legge

(1) Onde vedremo generalmente ammessa la prova per testimoni.

(2) DALLOZ, *Répert.*, v° *Commerçant*, num. 121; NOUGIER, da lui citato, tom. I, p. 282 (che io però non ho trovato corrispondere a quella pagina); MOLLINIER, e qualche altro, dividono tale opinione.

(3) Ecco le sue parole: « Il en serait de même de « l'opération que la loi de l'an IX et l'arrêté de « l'an X, annulent formellement à l'égard des par« ties elles mêmes. Cette nullité est générale et « absolue. Le refus d'exécution de la part de l'une « d'elles, lasserait l'autre sans recours possible. « L'offre d'en prouver l'existence autrement que « par la déclaration de l'intermédiaire qui l'a né« gociée, ne serait ni recevable ni admissible. Il « suffit qui la loi ait été méconnue et violée, qu'on « se soit adressé à un autre qu'à un intermédiaire « légal pour que tout ce qu'en est resulté soit con« sidéré comme non avenu » (*Des Bourses de commerce*, num. 22).

affida in modo speciale ai pubblici mediatori) *fatti da altri, dove esistono pubblici mediatori, sono nulli* (1).

135. Io osservo primieramente che la legge parla di *atti* e non di *convenzioni:* che non pronuncia la parola *terzi:* ed è notevolissimo in un Codice ben fatto, che generalmente ha lode di precisione e chiarezza. Non si fa violenza al testo dicendo che la parola indica piuttosto la operazione dello stesso agente o sensale per quanto può riguardarlo, o essere relativa a qualche articolo della convenzione, non mai sino a concluderne ch'essa non sia in verun modo obbligatoria, se fu veramente una convenzione.

E dico *se fu veramente una convenzione* e non un trattato del sensale, non accettato dalle parti, non definito. Ma se fu accettato e definito col buon accordo delle parti, io non esito a dire che il vizio della mediazione, per quanto riguarda l'effetto della convenzione, è svanito (2). Se un *sensale di assicurazioni* si è interposto in un affare di *noleggio*, o viceversa, se le parti ne furono contente, e il contratto di assicurazione o di noleggio venne firmato, sarà lecito ad una delle parti tornare indietro, pigliando a pretesto il vizio della interposizione? Ciò è di un'assurdità rivoltante! No, il contratto è valido: il contratto è irrevocabile; ma secondo l'articolo 35, *gli atti* di quei mediatori sarebbero nulli! Ne convengo, quando le parti non avessero posto al contratto il suggello della loro determinazione definitiva; ne convengo, quando la prova del contratto dovesse togliersi dal fatto del mediatore illegittimo e dalle sue certificazioni. In giudizio (poichè tutte le questioni finiscono in giudizio) la loro testimonianza non sarebbe ammessa: essi non potrebbero far prova del contratto (3). Non potendo il mezzanato illecito stabilirsi come prova, non potrebbe perciò creare fatti obbligatorii; e niuna delle parti potrebbe dirsi vincolata prima di avervi data la propria sanzione: e questa a me sembra la vera dottrina.

Ciò che nella convenzione rimarrebbe in sospeso e come non apposto, sarebbe quella pattuizione che si riferisse a fatti legali determinabili dal mediatore nella sua qualità di pubblico funzionario. Se pel corso delle merci o dei noli le parti si rimisero al prezzo legale, e così alla dichiarazione del mediatore non autorizzato, o non autorizzato in quel ramo di commercio, qualvolta le parti non ne accettassero il risultato, e così il prezzo stesso non diventasse convenzionale, devono ritenersi in facoltà di poter impugnare su questo punto la convenzione, al solo effetto però di far accertare il corso nelle vie legali.

Se non m'inganno, la dottrina di Bédarride contiene clausole che dovrebbe conciliarla colla nostra. Dopo aver detto che si può impunemente ricorrere al ministero di agenti non legittimi e trattare col loro mezzo, aggiunge, che la transazione non avrebbe *ni valeur*, *ni autorité en justice.* Ma ecco le parole che seguono: « *Ainsi*, qui s'est illégalement entremis « est sans action *pour contraindre le payement « du courtage convenu et promis.* L'obligation « qui *n'aurait d'autre cause que le réglement « de ce courtage serait sans effets.* Les tribu- « naux la devraient annuller comme reposant « sur une cause illicite » (n° sudd. 220).

A me pare che due sole cose si vengano dichiarando in quelle parole: che il mediatore non ha azione per chiedere il premio dell'opera; che l'obbligazione non ha valore, non sorretta che dalla testimonianza del mediatore. La parte più fiera del discorso dell'illustre autore è semplicemente il commentario della Legge del 1801. Ma venne il Codice, indi la Legge del 1841, e non fecero rifiorire l'antico rigore.

136. L'articolo 35 è forse esclusivamente scritto per i Tribunali di commercio?

Un tribunale civile può intromettersi per necessità nella cognizione di affari commerciali come quello di commercio può trovarsi investito della cognizione di attori civili (4). Faremo una sola ipotesi: che avanti il tribunale civile sia portata una controversia veramente civile per l'oggetto, ma sia d'uopo stabilire per via d'incidenza dei fatti propriamente commerciali (5).

È un principio che le giurisdizioni speciali

(1) Questa disposizione non era contenuta nel Codice di commercio del 1842, e nacque colla legge dell'8 agosto 1854, articolo 4, onde fu trasportata nel Codice attuale.

(2) Non direi *sanato*, perchè di fronte alla legge disciplinare, la colpa del mediatore resterebbe colle sue dannose conseguenze. — V. num. 133.

(3) Vedi intorno a ciò il detto num. 133.

(4) Il che sarà ragionato a suo luogo.

(5) Una specie potrebb'esser questa.

Pietro ha convenuto commercialmente con Paolo, altro commerciante, l'acquisto di certe mercanzie.

Pietro ha inviato all'indirizzo di Paolo una somma che rispondendo all'importo del prezzo, si dovrebbe credere nello scopo di soddisfarlo.

La somma per errore è stata recapitata a un terzo,

Digitized by Google

si servono dei proprii metodi processuali per attuare l'esperimento della prova (1); ma la qualità della prova sta scritta nei canoni superiori del diritto sostanziale. Nella premessa ipotesi, e per ciò che riguarda la questione che si deve risolvere preliminarmente all'effetto di poter rispondere alle istanze principali, il giudice civile dee ritenersi surrogato, per necessità della causa, al commerciale, e non può valersi che degli stessi mezzi e argomenti di prova. O si tratta di accertare il corso legale, perchè giovi conoscere l'ammontare del prezzo concordato; o si disputi della sussistenza giuridica del contratto, il giudice civile non può dipartirsi dall'ordine d'idee sopra tracciato come teorica generale.

137. Abbiamo avvisato agli inconvenienti e ai danni effettivi che la mediazione illegale produce rimpetto ai terzi. Quasi tutto il Capo presente è dedicato alla tutela dell'ordine stabilito; ma dietro la legge normale e direttiva stanno gli obblighi della cauzione e le penalità comminate nel capo IV della Legge 8 agosto 1854 (V. APPENDICE a questo Capo). Tutto questo insieme costituisce la forza e la guarentigia del sistema. All'apprezzamento dei tribunali restano le svariate moltiplici imprevedibili questioni di fatto. Non vi è potenza di Codici e di teorie che sappia o debba regolarle *a priori*. Ciò che la giurisprudenza ha dovuto spesso esaminare, e può fornire materia alla dottrina, si è in qual modo *possa distinguersi l'ufficio del privato mandatario da quello di sensale*, ufficio che può confondersi assai facilmente; e che involve la nozione anche più generale del ministero del mediatore legale.

Il mediatore pubblico, agente in tale qualità, esercita in ogni caso delle funzioni pubbliche, sia che adempia semplicemente a un dovere generale della sua posizione, sia che corrisponda a un desiderio espresso o presunto di persone commercianti in negozio determinato.

Chiamo dovere generale della sua posizione quello che gli è imposto direttamente dalla legge senza il concorso o l'impulso che dir si voglia di particolare commissione. Tal è il dovere di denunciare le sue negoziazioni, di tenere e presentare i libri, di concorrere alla composizione del prezzo legale, secondo il prescritto dei regolamenti. Per altro simili obbligazioni dei mediatori pubblici non sono che il risultamento degli affari che conchiudono. Depositari delle volontà delle parti, sono tenuti a manifestarla; nè vi ha nulla di curioso e d'indiscreto in tutto questo: il cumulo di quelle volontà particolari costituisce la opinione pubblica intorno a un dato valore, che una volta apprezzato, è criterio ai negozi da farsi, e regola proponibile alle valutazioni giudiziarie. È dunque un dovere dell'esercizio, e non l'esercizio medesimo. L'esercizio nasce e si alimenta dallo spirito di transazione, dall'adozione generica delle parti ad entrare in contratto: e la facoltà di trattarne nel reciproco interesse, ha la sua base nel mandato.

Il mediatore incaricato di acquistare della rendita, delle merci, a combinare un noleggio di nave mercantile, ecc., è difatti, e senza esitanza, un mandatario. Egli ha tutte le obbligazioni del mandatario; rende conto dell'esattezza ed onestà delle sue operazioni, delle somme che riceve dal cliente (2); ha l'azione

---

a Giovanni, che per caso è un creditore di Pietro.

Venuto per fortuna in possesso di quel danaro, Giovanni è sollecito di sequestrarlo in mano propria, chiedendo al giudice la conferma.

Intanto il destinatario Paolo muove giudizio contro Giovanni *per la restituzione d'indebito*. L'azione è civile.

Si possono immaginare più maniere di controversia.

Giovanni, fra le altre eccezioni, sostiene che non si è fatto un vero contratto di commercio, che non sarebbe stato inteso che coll'opera di una mediatoria illegale. Pietro, o pentito, o ha fatto lega col terzo, o sente la convenienza di soddisfare quel debito, si associa a tale difesa.

Giovanni non nega il fatto; ma dice che trattandosi di una questione avanti la giurisdizione civile, il mediatore può sentirsi come testimonio, e si propone d'indurne altri.

Posto un caso diverso, provandosi da Paolo perfetta la convenzione, provata ancora la diretta intenzione di Pietro, e questo pure essendo il sistema dello stesso Pietro, si assume però da Paolo che il corso del prezzo legale non fu accertato da mediatore legittimo; domanda l'accertamento, perchè stima che una parte della somma potrà ricadere nel sequestro.

(1) Così il giudice civile non potrà prescindere dalla testimonianza autentica dell'agente o sensale pel cui mezzo è stato condotto il contratto: ad accertare il corso legale non potrà nominare un perito che non abbia qualità di mediatore pubblico; ma alla formazione dell'esame o della perizia non può non osservarsi il rito proprio alla sua giurisdizione.

(2) L'agente di cambio è senza dubbio un mandatario, *in quanto opera nell'interesse di una parte oltre i termini della sua professione* (POITIER, 11 agosto 1853, *Journal du palais*, 1853, pag. 108.

Digitized by Google

contraria per essere pagato (1). Rispetto al suo cliente, il mediatore pubblico ha la relazione di mandatario, ma di mandatario *necessario;* poichè, quantunque si possa fare a meno dell'opera sua, essa non può prestarsi se non da chi possiede determinate qualità legali. Queste sono che attribuiscono al mediatore pubblico un privilegio di classe, che come ogni altro privilegio restringe la comune libertà, e impedisce che altri possa esercitare non generalmente il mandato, *ma quella specie di mandato ch'egli assume, e che egli solo può assumere* nella sua qualità di pubblico mediatore.

Colla chiarezza che si deve portare in materie sottili, io dico adunque che alle parti non è e non può esser vietato di servirsi di persone di loro fiducia e di formarne dei mandatari per trattare i loro negozi. Sarebbe ben assurda una legge siffatta! (2). Pietro commercia a Trieste, ove ha stabilita la sua sede; ed ha fatto un mandato generale a Paolo commerciante di Torino: forsechè il privilegio dei sensali patentati gli farebbe ostacolo? Ne segue che si ha pure facoltà di nominare mandatari a trattare qualche negoziazione particolare, posto che si può farne uno generale e a tutti i negozi.

Ma se un mandatario privato può nominarsi allo scopo di trattare con *A* e con *B* la vendita, per esempio, di un loro stabilimento di commercio, si potrà forse dire, a onore e gloria del sensalato legale, che guai a lui se procurerà d'interporsi, di far pratiche e suggerire accomodi e temperamenti per venire finalmente alla conclusione dell'affare intorno al quale i signori *A* e *B* oppongono non poche difficoltà? Ma anche questo tocca l'assurdo.

Che se il mandato può legalmente farsi in virtù della legge generale, è aperto che il mandatario è legittimo; che può adempiere questa sua missione privata senza che se ne possa offendere, senza che possa levarsi in arme, la senseria ufficiale.

Or dunque, in che consiste il sensalato illecito? Con siffatte teorie generali tratte dagli ordini comuni del diritto, non si viene forse a rendere in certo modo illusoria la legge commerciale?

Certo no, ove si ritenga questa nozione della senseria legale: che il mediatore pubblico riceve bensì una commissione, e in questo si considera mandatario, ma la sua interposizione è comune ad amendue o a tutte le parti che bisogna avvicinare per conchiudere il negozio; il mandato che assume è relativo alla facoltà di trattare il negozio; ma investito di tale facoltà, egli la esercita come una funzione che la legge, non meno che la pubblica opinione gli affida; quindi non funge realmente gl'interessi di una parte sola, ma di tutte; non ammette concorrenza di altri mandatari; egli è illuminato e conoscente per ragione d'ufficio: il suo ministero è imparziale; e dopo il contratto n'è il più valido, il più autentico testimonio; appunto perchè ha portato nell'affare la indipendenza del giusto e dell'onesto che si reputa inerente all'esercizio di una pubblica funzione.

138. La questione di senseria illegale ed illecita non riguarda generalmente l'efficacia della convenzione partorita con tai mezzi, come fu sopra spiegato al n° 134: qui si presenta piuttosto in relazione all'operato dell'agente medesimo, che o intende esercitare dei diritti, o attaccato dai mediatori autentici quale usurpatore dei loro diritti, è costretto a difendersi. La non facile distinzione fra mandatario e mediatore, l'arduo còmpito di fissare i confini di ciò che è lecito e di ciò che non è lecito in una materia intrinsecamente lecita, suscitò controversie di un genere singolare; produsse decisioni che hanno avuto bisogno, per dir così, di crearsi la teoria, e noi possiamo anche riassumerle.

Praticamente si esamina se uno abbia agito nell'interesse di una sola delle parti e come di lei rappresentante; o nell'interesse dell'affare in se stesso, oggettivamente, e per amendue le parti, che è la vera interposizione nel senso giuridico e commerciale. Ordinariamente il sensale ha bisogno di comunicare, di conferire coll'una e coll'altra parte; indi quell'attività febbrile, quel movimento, quell'andirivieni instancabile, quell'eloquio facile e persuasivo, quell'urbanità di maniere, quella impassibilità che non si sgomenta dalle ripulse. Questo carattere morale del vero mediatore è un tipo

(1) Quest'ultima proposizione dev'esser sanamente intesa. L'agente di cambio, il sensale riconosciuto, conchiuso l'affare, ha l'azione verso amendue le parti contraenti come comune intermediario; i suoi diritti risultano dalle tariffe stabilite dalle Camere di commercio, e in difetto dai municipii, sentita la Camera sindacale ov'esiste, e sotto l'approvazione del ministro di commercio, e sta sempre affissa col ruolo degli stessi mediatori riconosciuti (articolo 31 della Legge 8 agosto 1854).

(2) Io prevengo le osservazioni che troverebbero luogo all'esame dell'articolo 43, ma non posso spezzare il mio ragionamento.

Digitized by

sui generis: riproducendolo in sè, il mandatario semplice si mostra sensale, e scopre la sua menzogna. I tribunali hanno avuto la filosofia d'investigare nei fatti dubbi questo modo di operare che non poteva esser tracciato in alcuna legge. Citiamo alcune decisioni.

Riconosciuto il diritto del commerciante di farsi rappresentare da un mandatario di fiducia eziandio nei luoghi dove sono mediatori pubblici, la Cassazione francese, sezione correzionale, nel 25 gennaio 1862 (*Journal du Palais*, pag. 141), si formò questo criterio, che il mandatario in tal caso agisce in virtù del suo proprio mandato, vale dire esaurisce liberamente e francamente le sue facoltà; tratta, conclude *senza riferirsene allo stesso mandante*: in modo insomma che si possa riconoscere ch'esso lo rappresenta perfettamente, e non rappresenta che lui solo (1).

Quindi ebbe a dichiarare la esistenza del sensalato illecito, atteso l'avere il preteso mandatario *sollecitato un nuovo mandato* dal suo cliente, quantunque si vedesse fornito di un mandato generale a rappresentarlo sulla piazza (2).

Benchè il mandatario comune ed il sensale abbiano delle responsabilità verso il cliente, la causa come la estensione di tali responsabilità diversificano. Il mandatario ha i suoi poteri determinati e riconoscibili: il sensale ha una facoltà più generica, si direbbe più elastica; e la sua qualità di pubblico mediatore esercita una influenza sua propria, che può ben essere meritata quale prodotto della sua probità, della sua capacità, della sua imparzialità: quella influenza operosa, onesta, efficace, che è la parte morale, per così esprimermi, della istituzione. Eccoci di già ad una gran distanza dal mandatario. Se questi abusa del mandato, quegli può abusare della sua funzione, nessun dubbio; ma l'uno viene giudicato semplicemente colle regole ordinarie che governano il contratto di mandato; l'altro anche con questo, associate però alle altre responsabilità ch'egli ritrae dall'esercizio delle sue funzioni.

Del resto quando si porta tutta la lealtà ed onestà necessaria nell'uso del mandato; se in esso non si sorprendano raggiri che facciano travedere nel mandatario la maschera del sensale, poco importa s'egli ecceda i termini del proprio mandato; anzi questo modo d'agire franco e quasi spensierato, parve argomento buono alla Corte di cassazione nella citata sentenza del 25 gennaio 1862. Osservando che il mandatario a concludere l'affare *non aveva punto interpellato il mandante*, trovò che lo avere sorpassato i limiti stessi del mandato, o l'*avere incontrato una responsabilità personale*, era una prova di retto intendimento, ed escluse la senseria illecita.

Sullo stesso argomento è anche riflessibile la sentenza della Cassazione francese del 13 gennaio 1855 (*Journal du Palais*, anno 1855, pag. 516).

Il mandatario, ivi si disse, non offende il diritto della mediatoria legale, obbligandosi personalmente *oltre la portata delle sue facoltà*. L'approvazione stessa del mandante è presa in sospetto quasi implicante una imperfezione nel mandato: ma ove l'approvazione *non abbia altro scopo che di liberarsi dalle responsabilità derivanti dall'esercizio del mandato*, si ritenne come un fatto correlativo.

Articolo 36.

Gli agenti di cambio hanno soli il diritto di trattare le negoziazioni degli effetti pubblici e degli altri effetti ammessi nelle liste di borsa, e di fare per conto altrui le negoziazioni delle cambiali, dei biglietti all'ordine e delle altre carte negoziabili, e di accettarne il corso.

Hanno altresì il diritto di trattare, in concorrenza coi sensali di merci, le compre e vendite delle monete e delle paste d'oro e d'argento. Essi soli hanno il diritto di accertarne il corso.

Articolo 37.

I soli agenti di cambio possono essere accreditati presso l'amministrazione del

(1) Legge 28 ventoso, anno IX, Decreto 27 pratile, anno X.

(2) Lo stesso decise la Corte di Douai nel 14 giugno 1859. La massima ha avuto tuttavia dei contradditori; si è accusata di esagerazione. Dovevasi però osservare che non si tratta di porre una teorica o di stabilire un principio assoluto, ma solo di avvivare uno di quei criteri che conducono alla soluzione di una questione di fatto.

Digitized by Google

debito pubblico per l'eseguimento delle operazioni che sono loro specialmente affidate.

Il numero degli agenti di cambio per queste speciali operazioni è determinato con decreto reale, il quale stabilisce anche le malleverie e discipline cui sono soggetti.

La nomina a queste funzioni si fa con decreto reale.

Il governo può altresì con decreto reale autorizzare nelle Borse di commercio la vendita degli effetti pubblici alle gride, con l'osservanza delle regole e cautele che stima convenienti.

139. *Titoli e valori dei listini di borsa.*
140. *Funzioni contrattuali degli agenti di cambio alla borsa.*
141. *La proprietà della rendita non è definitivamente acquistata che dal momento in cui il nome del nuovo renditario è surrogato al precedente nei registri del Debito pubblico.*
142. *Annullata la vendita, è pure annullata la cancellazione, e si reintegra la partita rimasta come in sospeso durante il giudizio.*
143. *Del rifiuto indebito di eseguire la convenzione, e degli elementi che costituiscono il danno in materia di rendita pubblica.*
144. *In qual modo gli agenti di cambio possono esonerarsi dalla vicendevole responsabilità personale.*
145. *Si ritiene che un solo agente di cambio possa negoziare effetti pubblici e listati nell'interesse di due suoi clienti.*
146. *Escursione sopra una controversia francese, motivata dalla imperfetta redazione di quell'articolo 76.*
147. *Nuovo esame dell'articolo 639 della procedura civile italiana. Vendite che si fanno alla borsa d'ordine del giudice civile.*
148. *Esercizio misto dell'agente di cambio col sensale di merci nella negoziazione delle monete e verghe d'oro e d'argento.*

---

139. Oltre gli effetti pubblici e tutti i valori dello Stato (1), altri titoli vengono successivamente a prender posto nelle liste di borsa, dal momento che hanno acquistato una reale importanza, e giova metterli in evidenza quali strumenti opportuni del credito ed elementi vivi della ricchezza pubblica. Così i valori privati vengono a collocarsi accanto ai pubblici: quali le azioni e obbligazioni degli istituti e delle società commerciali e industriali (2), coi seguenti risultati; di coprirli di quelle guarentigie che sono annesse alla funzione dei pubblici intermediari, che in questa specie non sono che gli agenti di cambio; di portare alla più rapida circolazione gli stessi valori; di far manifesto al commercio lo stato di favore di cui godono e illuminare l'opinione sul conto loro.

140. Nella negoziazione degli effetti pubblici, gli agenti di cambio operano in proprio nome; in proprio nome comprano o vendono, salvo ciò che dispone l'articolo 51 del Codice di commercio. Le parti non si conoscono. Simili operazioni non si fanno che alla borsa e nel tempo della sua azione; si trattano, com'è noto, fra gli agenti di cambio ad alta voce, a richieste ed offerte, con ordine determinato. Concluso il mercato, si promulga, e il banditore grida il prezzo. Il pubblico continua ad ignorare il nome dei contraenti.

Il vero contratto si effettua fra gli stessi agenti di cambio: essi sono l'uno verso l'altro responsabili. Il venditore è tenuto a consegnare i titoli all'agente compratore: questi a pagarne il prezzo: e rispettivamente ne hanno il diritto e l'azione.

Nello stesso momento l'operazione è notata dall'agente di cambio *nel suo libretto in carta libera*, al quale accenna l'articolo 46, nº 1, *indicando sommariamente l'oggetto e le condi-*

---

(1) Obbligazioni demaniali, titoli dell'asse ecclesiastico, ecc.

(2) Credito mobiliare, azioni della Banca nazionale, azioni e obbligazioni delle ferrovie, ecc.

Digitized by Google

zioni essenziali: gli agenti si comunicano a vicenda le loro annotazioni, di proprio carattere, e che altra mano non può scrivere.

In numeri precedenti abbiamo avvertita la facoltà che ha per solito il mediatore negli affari che si fanno fuori della borsa, di trattare come unico negoziante fra persone che l'onorano della loro fiducia. Alla borsa gli interessi sono rappresentati, ma si trovano di fronte nella posizione più decisa, e regolati da leggi d'ordine pubblico.

141. La proprietà degli effetti pubblici non s'intende acquistata se non dal punto in cui è seguito il trasporto nei libri finanziari: obbligo strettamente inerente all'ufficio dell'agente venditore (1). « La déclaration du transfert, dice BÉDARRIDE, suivie du dépôt de l'inscription vendue et de la délivrance du bulletin (certificato di trasferimento) au nom de l'acheteur, consomme la vente et la rende définitive ». L'impegno però è preso: l'obbligazione è per amendue i lati irretrattabile dalla conchiusione del mercato: infine la vendita è perfetta, quantunque non produca i suoi effetti se non voltato il nome nel libro pubblico, e consegnata la nuova iscrizione all'acquirente.

Il segreto pertanto è momentaneo rispetto a chi vende: il nome del venditore è tosto svelato per la necessità della voltura; quello del compratore può rimanere ignoto se pure non voglia una iscrizione in propria testa; è forse allora per la prima volta che l'agente di cambio sente pronunziare il nome del vero compratore. Intanto gli effetti passano nel nome dello stesso agente di cambio con un trasferimento che chiamasi d'*ordine*.

Può accadere che non si abbiano titoli realmente disponibili, o perchè non si vuole fare in effetto che un taglio di carte e una partita di giuoco; o perchè il cliente ha dovuto privarsene sul tratto; e per una causa qualunque. Talora il movimento dei titoli è finanziariamente impedito da un vincolo, per esempio, di sequestro od altro ostacolo imprevisto dall'agente di cambio. È in faccia a simili avve-

(1) Le prescrizioni relative vennero ordinate in Francia col Regolamento del 27 pratile, anno X; indi dal Decreto del 13 termidoro, anno XIII.

In Italia il Gran Libro del debito pubblico venne istituito colla Legge 10 luglio 1861.

Nel Titolo II si stanzia sulle *iscrizioni delle rendite e dei titoli che le rappresentano* (articolo 8).

« Le rendite sono iscritte a persona determinata o al portatore.

« Le prime sono rappresentate da titoli *nominativi*, le seconde da titoli al portatore » (art. 9).

« I titoli *nominativi* consisteranno in un *certificato* della iscrizione della rendita.

« I titoli al *portatore* consisteranno in *cartelle* staccate da un registro a matrice.

« Ogni cartella avrà una serie di cedole (*vaglia* o *coupons*) pel pagamento della rendita in rate semestrali » (art. 10).

« Le iscrizioni nominative dovranno esser fatte a nome di una sola persona o di un solo stabilimento o corpo morale.

« Potranno farsi a nome di più minori o di altri amministrati, purchè siano rappresentati da un solo tutore, curatore o amministratore (articolo 12, e su questo, V. gli altri due articoli 13 e 14).

« L'amministrazione del debito pubblico riconosce soltanto l'individuo iscritto sul Gran Libro come proprietario della iscrizione nominativa » (art. 13).

« Le iscrizioni nominative potranno trasferirsi, dividersi e riunirsi sotto gli stessi o sotto altri nomi a volontà dei titolari. Potranno anche tramutarsi in iscrizioni al *compratore* qualora non siano soggetti a vincoli » (art. 16).

« Le iscrizioni al *portatore* potranno dividersi, riunirsi o tramutarsi in *nominative* a semplice richiesta dell'esibitore » (art. 17).

« Le traslazioni delle iscrizioni *nominative* potranno effettuarsi:

a) Mediante convenzione notarile o giudiziale;

b) Mediante dichiarazione fatta presso l'Amministrazione del debito pubblico dal titolare o dal suo speciale procuratore nominato in forma autentica;

c) Mediante esigenza del certificato portante dichiarazione di cessione con firma del titolare, autenticata, per guarentire la identità e capacità giuridica della persona, da un agente di cambio, ovvero nei luoghi nei quali non sono a ciò esclusivamente destinati gli agenti di cambio, da un notaio o da altro pubblico ufficiale che sia a ciò per legge o per regolamento speciale deputato.

« Anche nel primo e nel secondo caso si dovrà fare il deposito del certificato » (art. 18).

Col Regio Decreto 8 giugno 1861, nº 666, furono dichiarati gli obblighi degli agenti di cambio accreditati presso la Direzione generale e le Direzioni speciali del debito pubblico.

Niuna particolare ingiunzione o modo di procedere è statuito agli agenti di cambio in questo Decreto.

All'articolo 2 è stabilito che gli agenti di cambio destinati presso l'Amministrazione del Debito pubblico non sono tenuti a maggior cauzione di quella che debbono come agenti di commercio.

All'articolo 4 è proibito agli agenti di questa categoria di *negoziare rendita per conto proprio* — e ciò è poi largamente, e per ogni altra negoziazione prescritto nel Codice di commercio.

Nell'articolo 6 si promettono istruzioni pel modo di autenticare le dichiarazioni di cessione dei titolari delle rendite e sopra speciali discipline relative agli stessi agenti.

Digitized by Google

nimenti che si risolve la obbligazione del compratore, il quale non è tenuto al prezzo se non in presenza dei titoli regolarmente staccati dal precedente proprietario e disponibili.

Resta a sapersi in quale condizione di responsabilità giuridica si trovi l'agente di cambio venditore rispetto all'altro.

Sino a quel punto il proprietario della rendita non si è fatto vedere: il compratore, anche conoscendolo, non ha azione esercibile contro di lui. Il proprietario, quantunque sia per risponderne verso l'agente di cambio da lui incaricato, come ora diremo, non può essere mai costretto a cedere in effetto la rendita negoziata per conto suo. Non è raro che pochi minuti decidano in commercio sul destino della rendita; in tempo d'emozioni politiche gli alti e i bassi si alternano furiosamente. Allora è facile che il venditore di fronte a un improvviso rialzo, senta il prurito di ritirarsi dal negozio. L'agente di cambio venditore resta solo col peso di tutte le obbligazioni verso il compratore. Egli deve adempierle: se non può consegnare i titoli, deve risarcire il danno in forza dell'azione che gli muove contro il suo collega compratore.

Invero possono nascere questioni, apprezzabili in punto di fatto, fra l'agente di cambio venditore e il proprietario nel cui nome il primo sostiene di aver negoziata la rendita. Ogni uomo accorto vorrà assicurarsi con un mandato espresso del cliente. Dato l'incarico, la posizione dell'agente di cambio è sempre una: egli ha il più evidente diritto d'indennità verso il mandante, se tutto questo avviene senza sua colpa.

142. Giova fermarsi ancora un momento sulle difficoltà che possono presentarsi per parte del compratore.

La Camera sindacale di Parigi, in relazione al Decreto del 27 pratile dell'anno precedente, prese una deliberazione nel 10 fruttidoro, anno X, che può essere utile ricordare.

Il punto era: quale diritto potesse avere il compratore di effetti pubblici che soffriva dal *ritardo della consegna dei titoli per parte del venditore*. « La partie lésée par le retard (si « disse) était libre de refuser la consommation « de la négociation, en prévenant le syndic ou « l'un de ses adjoints, ou de l'exiger en ven« dant ou achetant par leur entremise par le « compte de la partie en retard, et aux risques « de l'agent de change, sauf tout recours de « droit contre son commettant » (1). La differenza dei corsi può produrre talvolta delle conseguenze enormi. Regolarmente il compratore dovrebbe far assegnare dal Tribunale di commercio, in via d'urgenza, un breve termine per la consegna dei titoli in istato disponibile, sotto la comminatoria di poter procedere all'acquisto di altra rendita a tutto rischio e danno del venditore, cioè dell'agente di cambio. Non credo che la Camera sindacale possa intromettersi in una faccenda prettamente giudiziale.

Il compratore potrebbe avere delle ragioni per rifiutarsi di ricevere le cartelle anche dopo il trasporto, ossia dopo il distacco della cartella nominativa dalla intestazione del venditore, e il deposito del certificato. Fra le ragioni del compratore potrebb'esser questa: che nel contratto si fosse statuita la consegna entro ventiquattr'ore, e questa si presentasse troppo tardi. La questione è giudiziaria; appresso vi ha la difficoltà burocratica. La partita staccata dalla rubrica del possessore resta come sospesa finchè subentri nella iscrizione il nome dell'acquirente. È in principio che la cancellazione non si ritiene definitiva se non effettuata la surroga della iscrizione, benchè dal momento della traslazione il renditario sia privato della proprietà. Il venditore, rescissa la convenzione, deve rientrare ne' suoi diritti. È necessario che l'annullamento della convenzione sia pronunciato dal tribunale, se non che il così detto beneficiario del bollettino, cioè quegli a cui è rilasciato il certificato, può anche convenire; dietro ciò si reintegra la rubrica nel nome primiero: rivive l'antica iscrizione.

È però da osservarsi che una volta surrogato il nome del nuovo compratore, la rendita rimane fissa nel nome di lui e pienamente disponibile, avvegnachè non si fosse pagato ancora il prezzo: quindi sono accorti gli agenti di cambio di non rilasciare il certificato se non incassato il prezzo.

143. Intanto il corso dei fondi oscilla e cangia ad ogni istante. Il venditore ha mancato al suo impegno e deve risarcire i danni ed interessi.

Si è fatta la questione se il punto di partenza dei danni e interessi fosse per avventura quello del giorno in cui si dovevano consegnare i titoli e liquidare il prezzo (per esempio alla fine del mese), o piuttosto il compra-

(1) Ne abbiamo pure discorso nell'esame del Capo I di questo Titolo. — Se non ritardo semplicemente ma rifiuto venisse dal venditore, la cosa sarebbe anche più semplice.

Digitized by Google

tore, che ha dovuto consumare un certo tempo per costringere il venditore, abbia diritto di calcolare il corso più vantaggioso che si verifica quando, cessata la ingiusta resistenza, potrebbe in realtà disporre dei suoi titoli che gli vengono finalmente offerti.

Non propongo che un caso; non ve ne ha però alcuno di cui sia difficile la soluzione.

Io dichiaro che non mi occupo della teoria generale del danno in conseguenza della non effettuata consegna di una cosa venduta. Mi restringo nel tema speciale della vendita di valori negoziabili nel quale, io credo, la teoria generale molto si modifica.

Si premette che il compratore di rendita che secondo la ipotesi è dal lato della ragione, per ciò stesso domina, a così esprimermi, tutta quanta la situazione, e può allegare nel suo interesse quel punto maggiore di rialzo, l'apogèo del valore, avveratosi dal momento in cui aveva diritto di ritirare i titoli, a quello in cui sono realmente posti a sua disposizione.

Suppongasi che nel giorno 30 aprile, nel quale doveva liquidarsi il prezzo e consegnare i titoli, il corso del 5 per % si trovasse a 50. Il prezzo è fissato: il compratore non deve pagare più di cinquanta. Subito dopo, la borsa sale in modo straordinario, e continua ancora per tutto il mese in guisa che alla fine di maggio il corso è portato a settanta. Entra uno scoraggiamento improvviso; voci di guerra, indi una vera intimazione getta i valori nel fondo. Quando il compratore ha potuto strappare i titoli dalla mano tenace del venditore, la borsa segna trentasei. Il termine misuratore del danno è definito. Il compratore ha diritto di porsi nel punto più favorevole di questo periodo finanziario. Nel giorno 31 maggio i valori dello Stato salirono a settanta. Egli avrebbe rivenduto in quel giorno, prevedendo che d'allora in poi il ribasso era immancabile. Egli ha perduto tutto ciò che manca da cinquanta a settanta, e la differenza è il danno che risente, salvi gl'interessi. Per conseguenza rifiuta i titoli offerti.

Oppure li accetta: si ha in vista una pace prossima e gloriosa: egli spera. Checchessia della sua speranza, in quel giorno il corso non è che a trentasei: egli è in diritto di riportare la liquidazione a quel giorno, e non paga che trentasei in luogo di cinquanta (1). I titoli gli rimangono a rischio e pericolo; egli non profitterebbe del rialzo intermedio, ma è sulla via dei guadagni, perchè acquista in un momento della maggior depressione (2).

Non importa ripetere che questa lotta si combatte fra gli stessi agenti di cambio responsabili l'uno verso l'altro, a meno che le parti interessate non preferiscano di scoprirsi e accettare francamente la posizione loro fatta dal mediatore rispettivo.

144. Gli agenti di cambio, come i commissionari, si obbligano personalmente giusta il detto fin qui; e infatti operano nella qualità di commissionari. Tuttavia è ritenuto ch'essi possano declinare dalla responsabilità personale, assumendo la veste di semplici intermediari. L'agente di cambio fa nota all'altro la persona per la quale acquista la rendita. Il nome può essere accettato o ricusato. Se si accetta, l'agente di cambio compratore segue la fede della parte ed esonera il confratello venditore dal rispondere verso di lui per ogni conseguenza del contratto. Nulla di più ragionevole e giusto nelle vendite a termine (3).

Un altro caso. L'agente di cambio incaricato della vendita fa conoscere al proprio cliente il nome dell'altro agente col quale è per trattare il negozio. Ciò gli basta per garantirsi da ogni responsabilità che potesse gravarlo verso lo stesso suo cliente, qualora il coagente, che si pronuncia compratore, mancasse in qualche modo a' suoi obblighi.

La condizione di reciproca responsabilità e guarentigia, non poco complicata, si viene così semplificando. In generale l'agente di cambio va carico di due obbligazioni. Egli risponde pel proprio cliente, innominato, verso il coagente, in quanto assume sopra di sè tutto l'affare. Egli deve rispondere al proprio cliente dei mancamenti dello stesso coagente col quale ha trattato, poichè la scelta fu sua. Ciò avviene, com'è chiaro, attesa la personalità che emerge distinta in ciascuno di codesti rapporti; ma quando alcuno di essi si riduca ad una semplice rappresentanza, diminuisce col numero delle persone il giro delle azioni che possono direttamente esercitarsi. Perciò nel

(1) Quindi il libello sarà cauto di riservarsi l'alternativa.

(2) Invertendo la ipotesi, fingendo il torto del compratore che in presenza di un rialzo non volle adempiere al contratto, l'argomentazione del danno non è meno agevole, attesochè dipende sempre dall'aumento che si è verificato, e dal non aver potuto una parte approfittarne per fatto e colpa dell'altra.

(3) Quantunque il venditore non comparisca, e il fatto suo non consti che dalla dichiarazione dell'agente di cambio, attesa la sua qualità, può, colla sola sua dichiarazione in tempo anteriore, e riportata nel *carnet*, farne la prova.

primo caso l'agente di cambio, fungendo l'interesse del compratore, si rivolge direttamente contro il mandante dell'altro agente che rappresenti il venditore, cioè contro la persona dello stesso venditore, ove sia necessario. Nell'altro caso gli agenti di cambio restano ancora in presenza per l'esercizio delle azioni rispettive; ma ognuno di essi non risponde più verso il suo cliente che del fatto proprio, e non di quello del coagente, come di sopra si è detto.

145. La compra e vendita degli effetti di borsa può forse operarsi da un solo agente di cambio nell'interesse di due suoi clienti?

Per la opinione negativa può osservarsi che e la disposizione della legge e le pratiche consuete suppongono l'azione contemporanea e contraria di due agenti di cambio raffiguranti gl'interessi opposti del venditore e del compratore; che a voler concentrare in un solo agente cotali interessi, verrebbe ad autorizzarsi il facile abuso che, per viste particolari e non sempre rette, fosse tentato di farne; che le cautele della pubblicità delle contrattazioni sul mercato di borsa e dei duplici registri degli agenti ordinati dalla legge (articolo 46, n° 1) tornerebbero inutili, e non avrebbero senso; che ne sarebbero non poco imbarazzate le contestazioni giudiziali che potessero in seguito venirne, le quali, come abbiamo esposto, versano fra gli stessi agenti di cambio rispettivamente obbligati per lo eseguimento delle transazioni che si fanno per loro mezzo alla borsa.

Questi motivi di dubitare sono gravi; e farà cosa delicata e prudente l'agente di cambio non accettando il mandato comune. Tuttavolta io non sarò quello che ne pronuncierà la condanna.

Si cita un autore di grande autorità, in fatto di usi commerciali, il MOLLOT, che non esitò di affermare (n° 213) che questa maniera di commerciare alla borsa di Parigi è permessa, anzi assai praticata, e indica pure una decisione di quella Corte del 1836, che BÉDARRIDE attesta di aver cercato inutilmente; ma conviene nella stessa opinione. Il consiglio che nella riputata opera del NOUVEAU DENIZARD (v° *Agent de change*, § 4, n° 2) si porge all'agente di cambio incaricato dalle due parti onde serbi la dovuta imparzialità e si comporti onestamente, dimostra che non vi ha nulla d'illecito; ed io, senz'altro discutere, vi aggiungo la mia rispettabile firma. Non senza però ricordare all'agente di cambio il dovere morale che gli corre di palesare ai suoi clienti l'incarico che gli deriva dalla comune fiducia (1).

—

146. Questo paragrafo ha più presto un interesse storico che d'attualità per noi, ma poichè se ne ragiona nelle pagine dei migliori scrittori francesi, e noi italiani non sogliamo erudirci che in quelle pagine; e nel comun vezzo di dire tutto il male delle cose nostre, non facciamo mai attenzione ai vantaggi che la nostra legislazione presenti su quelle di altri paesi, mi si permetta questo breve esame non estraneo per altro al nostro soggetto.

La negoziazione degli effetti pubblici e degli altri *ammessi nelle liste di borsa*, è nell'esercizio esclusivo degli agenti di cambio, secondo il nostro articolo 36. È nota la diversa e vaga espressione usata nell'articolo 76 del Codice di commercio francese: « Les négociations des effets publics, et *autres susceptibles d'être cotés* ». Ciò supponeva dei valori meritevoli per la loro qualità e importanza di essere annoverati fra quelli che sono proposti al commercio negli affissi di borsa, ma per una ragione qualunque ne stanno ancora fuori. Come fosse malagevole ai tribunali di surrogare il proprio al giudizio della Camera di commercio o a quella di sindacato senza i dati necessari, e mancando di ogni autorità per fare accettare alla borsa il proprio voto, ognuno sel vede (2). In vista di tale difficoltà si elevò un'opinione, che ALAUZET dice la più razionale, ed è, che il Codice non avesse voluto avvisare se non a quella condizione di cose che esisteva al momento della sua pubblicazione; quindi il suo modo di dire altro non significasse fuorchè gli agenti di cambio essere sin da quel punto investiti del diritto esclusivo della negoziazione di tutti gli effetti commerciali *che d'allora in poi sarebbero portati sulle liste di borsa*. Il Tribunale

(1) L'agente di cambio annoterà nel libretto di borsa la doppia operazione coi nomi dei suoi clienti, quantità e prezzo della rendita, che del resto è regolato dal corso della giornata. Io credo anche possibile che un solo agente di cambio possa fare delle operazioni a termine per due suoi clienti; ma a sua guarentigia vorrà esser fornito di mandati nei quali le sue facoltà siano divisate. Non bisogna dimenticare che il mediatore pubblico è insignito di funzioni ed ha la fede pubblica.

(2) Con questa proposizione, nella quale insisto, escludo per assoluto che un magistrato giudiziario possa giammai imporre alla borsa di affissare valori da lui giudicati meritevoli di tale onore.

Digitized by Google

della Senna decise una volta in questo senso (1); ma venne riformata dalla Corte di Parigi la sua sentenza, e altre decisioni si citano pure della stessa Corte (2).

Questa giurisprudenza sembra prevalere in Francia: almeno per quanto spetta alle *negoziazioni di borsa*. La Cassazione francese, nella sua sentenza del 7 dicembre 1853 (Sirey, t. liv, 1, p. 177) non risolve oggettivamente questo articolo di controversia, ma nei suoi motivi pone la massima. Dichiara l'articolo 76 insegnando, che gli agenti hanno certa ed esclusiva facoltà di *negoziare* gli effetti pubblici *et autres susceptibles d'être cotés:* ma sfuggiva sopra altro terreno, esaminava una questione diversa, ed era pure il vero oggetto della lite, del quale argomento veniamo anche noi a parlare fra poco.

Intanto l'articolo 36 del Codice italiano è positivo, chiaro; la esclusività dell'agente di cambio non versa che sugli effetti già *ammessi nelle liste di borsa*. Gli altri valori negoziabili, che diremo non *listati*, non sono attaccati alla mediazione legale che si esercita in quella sede.

147. Il Codice di procedura civile francese ordina che i beni mobili pertinenti a minori ad eredità giacenti o beneficiate siano venduti giudizialmente per ministero di notaio (articoli 945, 946, 986, 989). Trattavasi di sapere se per le vendite giudiziali, o come giudiziali, di effetti ricevute nelle liste di borsa, alla cui *negoziazione* è indubbiamente preposto l'agente di cambio, fosse tuttavia da applicarsi la legge della procedura, o concedersi quella funzione al notaio. La Corte di cassazione, nell'ora indicata sentenza, diede preferenza al notaio; parve anzi fare di più, e voler dire, che la funzione dell'agente di cambio, appropriata alla *negoziazione*, non potrebbe interporsi in fatto di vendita coatta, comunque dovesse consumarsi alla borsa.

Se i termini di quella decisione sono alquanto vaghi, la dottrina francese è ferma nel riconoscere la facoltà che hanno i tribunali di ordinare, secondo le circostanze, che la vendita di effetti di borsa che appartengano a taluna delle persone succennate (minori, eredità beneficiate, ecc.) si eseguisce appunto alla borsa con quelle formalità che saranno pure divisate: ma allora si eseguisce senza alcun dubbio coll'opera dell'agente di cambio e non già del notaio, profano, se non dispiace la frase, a quella sede dell'azione commerciale (3).

Lasciamo stare le leggi francesi. L'art. 639 del Codice di procedura civile, parlando di vendite giudiziarie e forzose, si esprime così: « Per la vendita delle rendite sul debito pub- « blico e delle obbligazioni di Stato, si osser- « vano le disposizioni delle leggi speciali. — « Per la vendita delle azioni industriali il pre- « tore può ordinare le forme speciali che crede « opportune ». In altro titolo, ove traccia il rito della vendita dei beni mobili dei minori, e precisamente nell'articolo 824, è richiamato l'articolo 639.

Questa legge è pur essa una specialità nel sistema esecutivo. La qualità della merce da vendersi è sottratta alle regole consuete per l'interesse del proprietario a cui carico o beneficio dev'essere venduta (4). Noi premettiamo qui in brevi cenni una ricerca nuova sull'articolo 639 (5), molto acconcia in questa trattazione commerciale.

La distinzione dell'articolo 639 *fra rendite sul debito pubblico*, ecc., *ed azioni industriali* ha forse la sua base nel concetto che le seconde non siano, come le prime, comprese nelle liste di borsa? Io fermamente lo credo. Se le *azioni industriali* vi fossero comprese, come avviene di quelle di maggior credito, è manifesto che non ci sarebbe ragione per sottoporle ad un processo diverso, molto meno di renderne arbitro il pretore. Si ammette che il legislatore della procedura, non legato alle particolari norme del Codice di commercio, poteva, nella sua prudenza, decretare un'altra maniera di vendita giudiziale, o starsi contento alla gara che anima gl'incanti ordinari. Poteva insomma prescindere dalla vendita alla borsa. Ma se gli piaceva di eseguire con questo mezzo la vendita delle rendite pubbliche e obbligazioni dello Stato, non poteva volere un altro modo *per le azioni industriali*, se ospitate nelle liste, e ben conosciute nel centro commerciale, colà possono vendersi con maggiore vantaggio.

L'articolo 639 si rimette semplicemente alle *leggi speciali*, *le cui disposizioni* vuole che siano osservate. Le leggi che sono *speciali* rispetto alla procedura civile, sono generali in ordine

(1) Ugualmente la Corte di Rouen nel 27 febbraio 1856.

(2) 30 maggio, 11 luglio e 2 agosto 1851.

(3) Tolosa 5 maggio 1858; Parigi, 3 giugno 1856. La Legge del 24 marzo 1806 e il Decreto del 25 settembre 1813 accordavano tali facoltà agli agenti di cambio senza formalità di procedura.

(4) Il che si viene dimostrando in seguito del discorso.

(5) Che non abbiamo fatta commentando altrove quell'articolo.

Digitized by Google

al commercio. Non si sarebbe potuto evitare la legittima intramessa dell'agente di cambio, sostituendovi qualche altro pubblico ufficiale senza derogare alla regola di commercio e alterarne l'ordinamento. Il giudice non avrà che a nominare l'agente di cambio ch'esso delega a tale funzione.

Non crederei vietato in massima all'autorità civile di far premettere pubblicazioni alla vendita giudiziale degli effetti di borsa: ma osservo che il nostro Codice di procedura non ne prescrive alcuna. E saggiamente, mentre ordinare la vendita a *giorno fisso* equivale a vendere *ad ogni costo*. L'agente di cambio deve avere la facoltà di scegliere il momento più favorevole e le occasioni vantaggiose.

—

148. La caratteristica onde si differenziano gli esercizi della mediazione pubblica è determinata dalla materia od oggetto del traffico. Alcune però sono di esercizio misto. L'agente di cambio ha diritto « di trattare in concorrenza coi sensali di merci, le compre e vendite delle monete e delle paste d'oro e d'argento » (1).

Debbo qui segnalare una lodevole variazione introdotta nell'articolo 36, mentre l'articolo 77 del Codice di commercio albertino si esprimeva alla francese — *compre e vendite di materie metalliche*. S'intendeva abbastanza non potere trattarsi che dei metalli più nobili, oro e argento, in monete o in verghe: la legge del 10 vendemmiale, anno IV, lo aveva detto chiaramente: la espressione peraltro che passò nel Codice non era precisa. Le *monete* (specialmente straniere) considerate *merci*, entrano perciò nelle attribuzioni dei *sensali di merci*, con esercizio misto a quello degli agenti di cambio, ai quali appartiene *accertarne il corso*.

Da tutto questo è indipendente la industria dei cambia-valute (*changeurs*), professione particolare e distinta, che si appoggia non tanto alla base del corso legale e locale, per così chiamarlo, ma, trafficando in gran parte di monete straniere e di carte monete nazionali od estere, segue piuttosto il moto generale del commercio e un sistema più complessivo di valutazione (2).

Articolo 38.

I sensali sono di più specie:
Sensali di merci;
Sensali di assicurazioni;
Sensali di noleggi di navi;
Sensali di trasporti per terra e per acqua.

149. *Cenni di storia.*
150. *Esercizio facoltativo dei pubblici sensali nella estensione della piazza alla quale sono addetti. Limiti di tale designazione.*
151. *Se un mediatore legittimo incaricato ad unico negozio, che però bisogna trattare in diverse piazze, possa in quelle continuare l'esercizio del suo ministero.*
151 bis. *Come non si offenda il privilegio dei sensali del luogo incaricando un sensale di altra città per trattare un negozio dove non è ammessa la senseria ufficiale.*
152. *Della concorrenza illegittima dei commissionari: criteri onde stabilire se il commissionario abbia agito come tale, o piuttosto voluto arrogarsi le funzioni di sensale.*
153. *Sullo stesso soggetto di concorrenza illecita rapporto a commessi di case commerciali.*
154. *L'articolo 38 non contiene nelle sue quattro categorie tutti i fatti di commercio: anzi ne rimangono esclusi dei principali. Motivi che la ragione può attribuire al legislatore.*

---

149. La classificazione dei sensali è indicata dalla natura delle cose; dalla varia capacità ed esperienza di coloro che si dedicano a siffatto ufficio. Prima della sistemazione legisla-

(1) Un altro importantissimo ufficio dell'agente di cambio è quello *delle negoziazioni*, *delle cambiali*, ecc. Io rimetto l'esame di questa materia alla esposizione dell'art. 50.

(2) Poco ci resta a dire dell'articolo 37. Nell'*Appendice* a questo Capo riportiamo la Legge regolatrice dell'azione dei pubblici mediatori; e in una nota superiore (al n° 140) abbiamo indicata la Legge relativa al ministero degli agenti di cambio *presso l'amministrazione del debito pubblico*.

Ciò che si annunzia nell'ultimo periodo di quell'articolo è una specialità che si governa con Decreto reale volta per volta; e non ha nulla di comune colle vendite discorse nel nostro n° 147.

Digitized by Google

tiva esistevano in Francia, e anche in alcune città d'Italia, le corporazioni d'arti e mestieri, ciascuna delle quali aveva i proprii sensali addetti e privilegiati a quel tal ramo di commercio. Abolite le corporazioni, l'esercizio si confuse: diventò comune. Ricostituito il privilegio a beneficio del commercio, come si credeva e si disse, le classi ricomparvero quasi naturalmente. Le distinzioni più minute potevano portar confusione, come fra merce e merce, benchè questa categoria sia tanto diversa ed estesa. Nondimeno le capacità sanno sempre prendere il loro posto; il sensale, come un altro, sente la sua vocazione piuttosto per questo che per quel genere; quanto al pubblico interessato, raro è s'inganni sulle abitudini individuali.

La ricostituzione generica dell'ufficio del sensalato inaugurata dalla Legge 19 aprile 1801 (29 germinale, anno IX), non soddisfaceva ai reali bisogni del commercio; le opposizioni sorte in quell'epoca dalle commissioni legislative lo comprovarono: nel 1808 il sistema separatista, lo chiamerò così, prevalse senza difficoltà. Quattro branche o rami principali della negoziazione furono divisati e distinti nell'articolo 77, e la sua eredità fu accettata da tutti i Codici italiani.

È rimarchevole che il sensalato nei tempi anteriori non rappresentava una funzione propria e indipendente, non soggetta cioè che alla legge generale. Gli individui che lo esercitavano non erano che i membri, come si è ricordato, di una corporazione alla quale erano affigliati, e della quale dovevano osservare gli statuti.

La personalità dei pubblici sensali non emerse propriamente che dal punto in cui gli agenti di cambio furono riserbati a particolari funzioni e privati del diritto di esercizio misto, che sino allora ebbero comune coi sensali, benchè questi dal canto loro non dividessero le funzioni degli agenti di cambio; e fu opera delle legislazioni posteriori al 1789.

150. In quale sfera o località possono i pubblici sensali esercitare la loro missione privilegiata ed esclusiva?

Abrogato l'Editto del 1724, che imponeva il loro esercizio privilegiato fuori del recinto della borsa, la libertà acquistata s'interpretò forse troppo ampiamente. Intorno a sì vitale questione la Corte di cassazione francese diede il suo responso nel 14 agosto 1818, e decise che i sensali pubblici potevano esercitare il loro ufficio *in tutta la estensione della piazza commerciale nella quale sono stabiliti.*

Ognuno avrà avvertito che il Codice non muove parola sulla estensione superficiale di quella che si direbbe la giurisdizione del sensale pubblico. Per vero le Camere di commercio e i giudizi regolativi del valore che emanano dal loro centro, non hanno una influenza limitata alle mura di una città in quella guisa che il vocabolo *piazza* (di commercio) non ha una significazione così ristretta. Gli uomini del contado, dei borghi e dei luoghi minori che fanno cerchia intorno a una città o capoluogo da cui la provincia piglia il nome; e sogliono distinguersi per lo vernacolo che ancora li separa etnograficamente, per così esprimermi, dalla provincia vicina, parlando della *piazza* per attingerne le nozioni opportune ai loro negozi, non possono intendere che quel punto centrale che è il loro capoluogo. Io non so se dicendo la Corte di Parigi in una sentenza del 27 novembre 1844 (1), che il privilegio dei sensali di Parigi non oltrepassa la cinta della città, fosse nel vero o per ragione dei proprii statuti, e perchè quella immensa città, campo smisurato a tutte le negoziazioni, voglia dirsi eccezionale. Sarei tentato a crederlo, non potendo persuadermi che i pubblici sensali, e in generale i pubblici mediatori, non possano esercitare le funzioni alle quali *hanno diritto* (articolo 39 e seg.) in tutta la provincia con pari efficacia che nella città ove hanno il loro domicilio (2).

151. Il pubblico mediatore incaricato di condurre una negoziazione che richiede la sua presenza ed opera in varie città, può egli passare da una ad altra, ed ivi fungere l'ufficio suo, senza offesa del diritto degli altri mediatori pubblici che ivi sono in attività, guardando però i limiti delle proprie attribuzioni, entro la portata cioè del suo legittimo esercizio?

Il caso si presenta facilmente. Il commer-

(1) Similmente la Cassazione francese nel 24 luglio 1832, *Journal du Palais*, pag. 387; Bédarride, num. 515; Durand, Saint-Armand, *Manuel de court. de comm.*, pag. 338.

(2) Altro è che un commerciante di provincia non sia tenuto a correre fino al capoluogo per un sensale pubblico qualora abbia bisogno di un intermediario a qualche suo negozio del genere di quelli specificati nell'articolo 58; ed altro è che il sensale pubblico non possa esercitarvi la preponderanza del suo ufficio, chiamato a prestarlo. Dirò di più: il privato intermediario non avrebbe in nessun caso quell'autorità che la legge ha particolarmente affidata ai pubblici mediatori, come in fatto di assicurazioni, noleggi, ecc., di che si farà discorso più avanti.

Digitized by Google

ciante *A* possiede diversi stabilimenti di merci a Livorno, Ancona e Genova mentr'egli risiede nella prima. Ivi pure ha la sua sede di commercio il signor *B*. Istrutto che *A* si disporrebbe a vender tutto, ma cumulativamente e con un solo contratto, il signor *B* commette ad un sensale di merci accreditato a Livorno di adoperarsi per l'acquisto. Il commerciante *A* ha dei soci che dividono la sua intenzione, i quali sono alla direzione degli altri stabilimenti. Il sensale o agente di cambio ha bisogno di vedere e di parlare; di vedere il contenuto di tutti i magazzeni e di venire trattando e disputando coi numerosi interessati. Non può insomma regolare l'affare da Livorno, deve portarsi qua e là, e andar fuori forse per non breve tempo.

Tosto si appalesa la necessità di osservare la questione dal lato del diritto. Nel numero precedente si è stabilito che i mediatori pubblici residenti nel capoluogo, possono estendersi per la provincia, che è, può dirsi, il raggio della piazza alla quale sono addetti: ora si vuol sapere se, almeno per qualche combinazione particolare, possano portarsi molto di là dai confini della *piazza* e lavorare su tutta la superficie del regno.

Il Codice non parla nè del numero nè della sede dei pubblici mediatori, e ne lascia la cura ai regolamenti.

L'articolo 1° della Legge dell'8 agosto 1854 dichiara che il loro numero è *illimitato*. Non ne seguirebbe che l'esercizio sia pure *illimitato*. Molto meno l'articolo 1° autorizza a dire che l'esercizio dei pubblici mediatori sia ugualmente libero in ogni parte del regno e non conosca circoscrizione e confini. La nostra legge respinge una reminiscenza: sa che in altri paesi suole dichiararsi in regolamenti preventivi che il numero di codesti agenti sarà limitato: il governo non volle vincolarsi in prevenzione.

Del resto il nome dei pubblici mediatori è pubblicato all'edifizio della borsa; sono organi dello stabilimento; vi appartengono e vi sono addetti. Hanno sede in quel circondario: e ognun vede quale triste effetto sarebbe da aspettarsi da una emigrazione di mediatori che da una piazza impoverita d'affari volesse traslatarsi e fare irruzione nelle piazze che ne sono copiose. Se il loro numero, generalmente ed *a priori*, non è fissato dalla legge, in fatto si proporziona e si mette in rapporto coi bisogni della piazza: è poi costante in giurisprudenza che l'esercizio dei mediatori pubblici è misurato alla periferia della città (1), e noi abbiamo interpretato essere facoltativo nella estensione della provincia nel cui capoluogo sono domiciliati.

Io penso dover prevalere questi principii. Come in ogni caso di esercizio esclusivo e di privativa, vi è contraddizione e pregiudizio quando vi è concorrenza. Dal momento che si crede utile al commercio in generale l'ufficio della mediatoria, bisogna che non diventi una illusione.

Nella nostra ipotesi la persona incaricata di trattare il negozio è legittima; deve ritenersi incaricata a trattarlo *intero* e *condurlo a buon fine;* essa non può adempiere alla commissione se non trasferendosi ad altre piazze, mediatizzando, permettetemi la frase, gli altri proprietari. In una parola, l'affare è unico, benchè si tratti in diversi luoghi.

Questo imbarazzo potrebbe dar ragione a quelli che non vorrebbero tante privative e tanti monopoli legali. Ma stando così le cose, non resta che distinguere fra l'opera pretta ed effettiva del mediatore e quella del mandatario. Figuriamo che il sensale abbia potuto combinar bene l'affare a Livorno ove siede il gerente e capo dell'amministrazione, e non rimanga che visitare i magazzeni d'Ancona e di Genova, fare gl'inventari, intendersi sulle consegne e sulla esecuzione del contratto. Il sensale, che non ha più ad espugnare volontà renitenti, a superare difficoltà di fondo con altre persone, non agisce più che quale mandatario, come qualunque privato farebbe con pari ragione. Nel caso opposto egli potrebbe andare; ma la parte della mediazione dovrebbe essere affidata ad un ufficiale del luogo.

In ciascuna delle quattro specie di sensalato dichiarate dal nostro articolo vi sono centri d'esercizio dai quali parte la regola per giudicarne la legalità (2).

151 *bis*. Può figurarsi un caso inverso che è stato oggetto di contestazione.

Vi è forse usurpazione di funzioni se un sensale fuori della sua residenza (un sensale di Genova che si trovò per caso a Torino) è stato incaricato a trattare affari di commercio in paesi ove la mediazione è libera? (3). I sensali di Torino potrebbero reclamare il loro privilegio?

È stato deciso dalla Cassazione francese

(1) Per citare il solo PARDESSUS, num. 125. Egli indica una decisione che ha fatto stato su questa materia della Cassazione francese 18 agosto 1818.

(2) Nelle piazze marittime i sensali di assicurazioni, di noleggi, ecc.

(3) Come in Inghilterra.

Digitized by Google

(2 aprile 1852) in caso identico, che il fatto non è illegittimo; che non può sollevare le pretese dei sensali del luogo (1).

Non è, si disse, un atto d'esercizio di senseria: non si anima veruna relazione fra parti diverse per metterle d'accordo; nulla si fa, ma si prepara; il mandato di agire non si parifica all'azione: tutto ciò mi pare assai vero. Aggiungo: non si poteva far onta alla legislazione che domina nel luogo ove l'affare dovrà trattarsi, perchè non ammette privilegi. Il mandante non ha consultato che il proprio interesse, riconoscendo nella persona qualità utili: esperienza, capacità, ecc. Per queste stesse ragioni avrebbe scelto qualunque altro mandatario.

—

152. *Della concorrenza illegittima dei commissionari.*

I commissionari esercitano continuamente l'ufficio loro per negozianti esteri nelle piazze ove pur esistono mediatori pubblici, e ch'essi facciano concorrenza od ostacolo all'esercizio di questi ultimi, non si può nemmanco immaginare. Ognuno sa che il commissionario opera personalmente e non quale intermediario. Pei negozianti esteri difatti non potrebbe disputarsi.

Se non che il commissionario (di professione) potrebbe per un momento voler negoziare da intermediario e fare il sensale, il che accade più facilmente quando il suo committente o mandante risiede nella stessa piazza (2). Se invece di assumer l'affare com'è del suo proprio ufficio, s'interpone negli affari altrui per avvicinare i consensi, per combinare delle transazioni, esce dalla propria sfera, invade realmente quella del mediatore. La quale interposizione irregolare ed abusiva si crede non potersi verificare se il committente è straniero. In tal caso il commissionario è la parte stessa, è il padrone del negozio; non può trattare e stipulare che per sè (3); agisce direttamente.

Così disse la Corte di Parigi nel 31 dicembre 1851; ma la sua decisione venne annullata dalla Corte suprema il 24 luglio 1852 (Bédarride, nº 319).

La Corte suprema giustamente osservò che la verità del fatto doveva da ben altri elementi desumersi che dalla posizione dei luoghi, dalla prossimità o dalla distanza di quello ove abita il committente. È da esaminarsi il fatto in se stesso; vedere con quali mezzi, con quali intenzioni siasi operato (4). A me pare che un criterio possa essere decisivo: se il commissionario ha finito coll'assumere il negozio e farlo proprio nella sua qualità di commissionario, non può aver esercitata la mediazione: se l'affare fu concluso per mezzo suo e semplicemente nell'altrui interesse, peggio se n'estorse un guadagno da amendue le parti, è imputabile di mediazione illegittima.

Contuttociò il commissionario può avere adoperato *come semplice mandatario* di un commerciante assente, e quindi non aver fatto ingiuria per conto alcuno alla funzione del sensale. E dicasi di qualunque altro, che senza troppo affannarsi e perorare coll'altra parte per combinare un affare che presenti difficoltà ed ostacoli, compra semplicemente una partita di grano, o sottoscrive un contratto di noleggio in nome di un terzo che lo ha munito di un mandato a questo fine.

153. Il *commesso* di un banchiere, di una casa qualunque di commercio, può negoziar effetti della casa, e fare degli acquisti senza il menomo appunto dei mediatori pubblici. La sua azione è qualificata dall'impiego che lo identifica col suo capo; la sua dipendenza glie ne fa un dovere; il salario fisso che riceve è la misura del suo interesse materiale, ed esclude il premio della mediazione; finalmente egli agisce per una parte sola, o non per due o più; e lascia tutto il posto al sensale e alla sua attività moderatrice qual volta egli stesso ne abbia d'uopo per trattare con terzi che non si presentano, acquisti grossi o difficili.

Noi supponiamo che il commesso eserciti con tutta lealtà e semplicità la sua modesta missione. Può andar oltre: rappresentando più case, e messo a contatto coi corrispondenti, fare l'uomo importante; spingersi nel gruppo degli affari, volerli dominare ed agitarsi in più sensi per conciliarli non senza vagheggiare un interesse: il commesso si trasforma in sensale. È sempre indagine e questione di fatto.

—

154. *Osservazione generale sull'art.* 38.

Le materie che vediamo ivi classificate in-

(1) Si cita una decisione della Corte di Bordeaux, prossima in tempo, conforme nella dottrina (7 luglio 1852), *Journal du Palais*, II, pag. 486.

(2) A parte per ora la questione se non si possa esser commissionario per quelli che negoziano nello stesso luogo.

(3) Ciò spiegheremo al Capo I del Titolo seg.

(4) Dottrina confermata dalla Corte di rinvio (*Journal du Palais*, 1852, II, pag. 587).

Digitized by Google

dicano altrettanti rami distintissimi di commercio, quindi l'azione rispettiva dei sensali può esercitarsi indipendente e senza un certo pericolo di confusione. Fors'anche a prima vista si ritiene che il commercio in generale si riassuma, a così dire, in quelle categorie, dato che l'organismo della senseria si voglia abbastanza comprensivo e diffuso. Tuttavia non si tarda a scorgere che grandi affari, forse i maggiori del commercio odierno, non vi sono contemplati. Non parlo per ora di quelli che possono riputarsi affini o vi hanno un certo rapporto. Potrà farsene cenno, ove occorra, nei singoli commenti; non voglio accennare che a tali fatti di commercio, a contenere i quali la incapacità delle quattro categorie è manifesta. Bastino due esempi: l'uno sia il contratto di società.

Io non credo che veruna società, non esclusa la semplice partecipazione, possa rassegnarsi a un contratto di *merci:* delle tre altre mi taccio. Se anche la società avesse il suo oggetto determinato, e questo fosse un commercio di mercanzie, non perciò il comporre la stessa società equivale alla conchiusione di un contratto di vendita di merci. Comporre la società è, quasi direi, creare la *persona* che deve esercitare un commercio, e non riguarda propriamente l'*oggetto* o la *materia*, in ordine ai quali sono tratte le distinzioni delle quattro categorie. Eppure la formazione di una società, e il concerto di tante e molteplici volontà per convenire in quella, sono fra le imprese che si potrebbero dire gloriose del sensalato, e occasioni di larghi profitti.

Un appalto di costruzioni, di ferrovie e simili, che non costa niente immaginare a milioni, è per passare dall'appaltatore ad altri imprenditori; e ciò si effettua, in un dato caso che vogliamo supporre, per la sagace operosità di un mediatore che ha fatto di mani e di piedi per riuscirvi. In quale categoria si colloca questo affare?

Io non ho che a lodare la omissione, se tale può dirsi. Primieramente non potendosi determinare l'oggetto, non era da aspettarsi da una legge ristrettiva che confusione e disordine. Lo spirito di formalità e d'organismo dev'essersi arretrato in presenza di fatti così vasti, multiformi, e indefinibili. Non vi sarà dunque nè concorrenza, nè privativa, nè gara. Tanto meglio. La mediazione sarà libera. In relazione al sistema, è a ripetersi quello che di sopra venni accennando: il legislatore deduce il suo disposto non dalla ragione formale delle contrattazioni, ma si limita ai particolari oggetti e alle materie più frequenti della commercialità.

Articolo 39.

I sensali di merci hanno il diritto di essere mediatori dei contratti di merci e di accertarne il corso. Esercitano pure, in concorrenza cogli agenti di cambio, la mediazione delle compre e vendite di monete e di paste d'oro e d'argento.

155. *Merci e valori. — Limite dei valori denunziabili alla borsa.*
156. *Delle vaste attribuzioni conferite dalla legge ai sensali di merci: intendesi di merci nuove e non usate.*

155. Le *merci* e i *valori*, ecco tutta la materia commerciale. Quelle corporali, e questi incorporali e concetti della mente che si risolvono in azioni e diritti: quelle oggetto del commercio di ogni tempo; questi motori e simboli del credito; sulle une si esercita l'*industria* propriamente detta, coi suoi continui raffinamenti; gli altri esistono nella natura delle cose, o si creano. *Esistono* in quanto i valori surrogano le cose mercatabili e sono oggetto di cambio: *si creano* (parlo commercialmente) ogni volta che si statuiscono nuovi diritti ed azioni di credito, perchè non esisterebbero senza il fatto dell'uomo, e sono valori perchè oggetto di commercio; valori perchè entrano nella massa dei patrimoni e sono apprezzabili (1). Di questi due emisferi (tollerate ancora la solennità della frase), il materiale è occupato dai sensali di merci che lo dividono cogli agenti di cambio (2).

(1) L'articolo 2, num. 1 parve separare le *derrate* dalle *merci*, quasi le prime non fossero merci; ma ivi si ritenne utile la disposizione per amor di chiarezza.
(2) Con preferenza a chi ha avuto prima l'incarico.

Digitized by Google

Non s'impiegano mediatori che per ragguardevoli compre, quindi vedremo i piccoli acquisti sfuggire alla privativa, e i piccoli valori non entrare fra gli elementi del prezzo legale; i regolamenti speciali sogliono dichiarare la misura dei valori denunziabili alla borsa (1).

156. I sensali di merci hanno degli incombenti governativi; dico *governativi*, dipendendo dal governo il servirsi del loro mezzo o di altri pubblici ufficiali di consimile esercizio: hanno però l'abito della funzione. Ciò si vide nell'ultima parte dell'articolo 37.

Le vendite volontarie di merci in dettaglio, a pubbliche grida, si fanno per organo dei sensali di merci. Sogliono escludersi da questa disciplina le *menues merceries*, ciò sono cose commestibili o di tenue valore.

S'intende però di merci *nuove* (non usate) che hanno un valore costante e si può dir generale; e si sottintende nella espressione della legge — *merci*. — Senza di che la funzione dell'*accertamento del corso* perderebbe tutta la sua importanza. Le merci vecchie, usate, non hanno alcun valore regolare o normale.

Finalmente i *sensali di merci* hanno le attribuzioni che possono loro essere conferite dal giudice delegato al fallimento, secondo l'articolo 594; e ne parleremo a suo luogo.

Articolo 40.

I sensali di assicurazioni trattano le assicurazioni delle navi e delle merci; stendono, in concorrenza coi notai, i contratti ossia le polizze di assicurazione, e ne attestano la verità colla loro firma. Essi accertano il corso dei premi per qualsiasi viaggio di mare, di fiume o di lago.

157. *Utilità reale e incontestata dei sensali d'assicurazione.*
158. *Controversie suscitate dalla concorrenza dei notai, e troncate dalla nuova redazione dell'articolo 40. — Osservazione generale sulla facoltà d'interposizione che può spettare al notaio.*
159. *L'accertamento del corso dei premi è funzione esclusiva dei sensali d'assicurazione.*

157. Se la utilità dei mediatori pubblici è stata contestata per altri rapporti, non lo fu mai, io credo, riguardo a quelli che si appellano *sensali di assicurazioni* (2). Io ne ravviso la importanza, non tanto perchè vi abbiano dei mediatori ufficiali, quanto perchè la composizione e la redazione degli atti più necessari non vengano in mano a mediatori ignoranti e incapaci. In passato i sensali d'assicurazione subivano un esame particolare. Oggidì niun aspirante alla mediazione può esentarsene (articolo 5 della Legge 8 agosto 1854); certo è però che ai mediatori di queste specie si richiedono particolarmente cognizioni e pratica estese.

158. La concorrenza del notaio coi sensali d'assicurazione suscitò delle controversie. La redazione dell'art. 79 del Codice francese (3) vi diede causa non del tutto irragionevole. I notai facoltizzati alla estensione dei contratti d'assicurazioni non avrebbero potuto anche prestare opera mediatrice fra le parti nella scienza che ad essi si attribuisce e delle leggi di commercio e delle consuetudini di tali convenzioni? non era forse economico e nell'interesse delle parti che quell'uffiziale che redigeva il contratto, avesse anche potuto combinarlo, stringerlo fra persone che per un motivo qualunque stentavano a intendersi? In generale, se un commerciante si porta allo studio di un notaio per consultarlo sopra questo od altro affare di commercio, il notaio offende forse la professione del sensale interessandosi verso l'altra parte per superare le difficoltà

(1) Articoli 24 e 25 del Regolamento dell'8 agosto 1854, contemporaneo alla legge (V. *Appendice* a questo Capo)

(2) In Francia la istituzione rimonta alla Ordinanza del 1681, agli Editti del 1777 e 1778; alle Leggi del 28 ventoso anno IX, del 27 pratile anno X, e a quelle sul notariato. Essa è confermata dall'articolo 79 di quel Codice di commercio.

(3) « Les courtiers d'assurances rédigent les con« tracts concurrement avec les notaires; ils en at« testent la vérité par leur signature; certifient « les taux des primes pour tous les voyages de « mer ou de rivière ».

Digitized by Google

che per avventura s'incontrino alla conclusione dell'affare?

Gli scrittori della materia ricordano una sentenza della Corte d'Aix del 23 genn. 1832, la quale decise affermativamente in questo senso, non ponendo differenza alcuna fra l'opera del notaio e quella del sensale in presenza di un articolo che ne pareggiava gli uffici, com'era l'articolo 79.

Si ricorse in cassazione: i ricorrenti fecero appello alle leggi anteriori, alla Ordinanza del 1681 e alle altre da noi memorate (n° 157); prendevano in certa guisa a difendere la dignità del notaio che non doveva inchinare il più nobile suo ministero al livello di un mediatore; non consentivano ad esso che la redazione della polizza di assicurazione, come gli appartiene quella di qualunque altro contratto.

Rispondeva la difesa del notaio, che le leggi anteriori erano male invocate; ch'esse non portavano distinzioni; che il diritto notarile sarebbe stato illusorio se non accompagnato anche dalla facoltà di trattare e combinare il negozio; che il sensale che lo avesse combinato non sarebbe mai ricorso al notaio per stendere la polizza: l'avrebbe stesa lui, poichè era nel suo diritto. La pratica del commercio sembrava confermare le deduzioni. La Corte suprema nel 7 gennaio 1833 rigettò il ricorso (BÉDARRIDE, n° 357).

Se il legislatore sardo del 1842 pensò di stabilire il contrario nel suo art. 81, non ebbe presente la difficoltà, e neppure la dottrina invalsa in Francia che ammetteva in ogni parte l'esercizio misto fra sensali d'assicurazione e notai. Quel Codice nell'articolo 81 non fece che ricopiare alla lettera l'art. 79 francese.

Devesi dunque lodare la novella redazione che volendo un effetto diverso, seppe anche esprimerlo. Ivi difatti leggiamo: che sono i *sensali d'assicurazione* che trattano le *assicurazioni delle navi e delle merci* (1); solamente il diritto di stendere i *contratti* o *polizze d'assicurazione* è da essi diviso coi notai.

È facile capire che i notai faranno pochi affari di questo genere; ma che importa? Non è la professione di notaio, assai stimabile per certo, che possa costituirli uomini d'esperienza in affari di questa natura. I sensali d'assicurazione sono quasi sempre di lunga mano esercitati nel commercio; hanno cognizioni speciali, tecniche; questo ramo di commercio forma l'unica loro applicazione. Nondimeno l'opera del notaio non è inutile. Infine i commercianti sogliono fare da sè i loro negozi; non si adoperano troppo spesso sensali; non vi è neppur bisogno di un rogito notarile; basta che il contratto d'assicurazione sia per iscritto (articolo 446); allora per maggiore sicurtà può invocarsi il ministero del notaio. Il vero spirito di questa parte dell'articolo 40 sembrami: che avendo facoltà i sensali d'assicurazione di redigere il contratto, non possono richiamarsi contro la concorrenza del notaio quand'anche da loro sia stato combinato; il che è affatto semplice e non arreca alcuno degli inconvenienti che si videro sorgere dalla relazione francese, intesa a quel modo.

In genere parlando, poichè si è toccato anche di ciò, havvi realmente una parte che può dirsi conciliativa nel ministero del notaio, subalterna, ausiliaria, non mai diretta ed oggettiva. La legalità di simile mediazione necessaria è comprovata dall'atto pubblico che il notaio redige; senza di ciò la mediazione non avrebbe un carattere riconosciuto dalla legge. In quegli affari però nei quali la mediazione è una professione, il notaio si astiene dal suo esercizio preparatorio; la stipulazione dell'atto è semplicemente complementare in tal caso ed esecutiva. Convinto di avere trasceso il proprio ufficio, non sarebbe nulla perciò la convenzione, ma dovrebbe rifondere al sensale il danno dei rapitigli emolumenti.

159. Ai sensali d'assicurazione resta affidata la funzione generale e importantissima *di accertare il corso dei premi*. Essi, come gli altri, ne fanno dichiarazione alla borsa. Gli elementi di questo valore sono per loro natura singolari da quelli che sogliono costituire gli altri prezzi; nascono da una serie di fatti totalmente diversi. Vi è della fortuna in ogni cosa, ma in mare si può dire regina. Le disgrazie che si succedono frequenti e fanno perire i bastimenti assicurati, aumentano i premi colla paura. Se i mari sono infestati da pirati, se sono in vista i blocchi e i pericoli di guerra, si aumentano i premi. Checchessia, i sensali d'assicurazione recano la loro esperienza nei recinti della borsa, vi depongono i fatti di cui furono testimoni secondo l'obbligo del loro ufficio: questo viene significando la espressione generica dell'articolo. Il loro concorso alla polizza d'assicurazione è sempre utile come prova.

(1) Con che non fanno concorrenza coi *sensali di merci:* di quelle merci s'intende che sono assicurate nella nave o colla nave.

Digitized by Google

Articolo 41.

I sensali dei noleggi di navi fanno la mediazione dei noleggi, e accertano il corso dei noli.

Quando sono anche nominati interpreti, hanno il privilegio di tradurre le dichiarazioni, i contratti di noleggio, le polizze di carico ed ogni altro contratto o atto di commercio la cui traduzione sia necessaria in controversie portate davanti l'autorità giudiziaria, e di servire d'interpreti negli affari di commercio e di dogana a tutti gli stranieri, mercanti, padroni di navi, equipaggi ed altra gente di mare, salva la concorrenza degli interpreti che fossero nominati con diritto di esercizio negli affari commerciali in forza di altre leggi o regolamenti.

160. *Alcuni tratti di storia relativa alla costituzione dei sensali-interpreti in Francia.*
161. *Miglioramenti portati sopra il testo francese dalle successive redazioni dei Codici di commercio italiani.*
162. *Oggi è stabilito con tutta chiarezza che i sensali di noleggi esercitano una funzione propria, indipendentemente dalla qualità aggiunta e non necessaria d'interpreti.*
163. *La dizione — quando siano nominati — non è mai riferibile che all'autorità; la nomina dell'interprete fatta dalle parti non potrebbe farne le veci.*
I sensali-interpreti non formano una classe a parte dai sensali di noleggi.
164. *Oggetto precipuo della legge. Necessità giuridica delle sentenze di scegliere periti traduttori dalla categoria dei sensali interpreti.*
165. *Protezione che la nostra legge accorda al capitano straniero che sbarca sui nostri lidi, e ha bisogno d'interprete e di guida. Come ciò si verifica coll'opera dei mediatori legali.*
166. *Il capitano straniero può operare da sè e coll'aiuto di qualche amico, o del commissionario.*

---

160. Come categoria, il sensalato di noleggio non ha altro interesse che quello della sua specialità onde si distingue e divide dalle altre. L'attenzione si concentra sulla seconda parte della legge che provvedendo ad uno dei più positivi bisogni del commercio, visto nella sua azione cosmopolita, vuol esser bene considerata.

I capitani di navi mercantili che percorrono il mondo da un capo all'altro, non potendo conoscere tutte le lingue, devono valersi d'interpreti, ma non se ne trovano dappertutto intelligenti e fedeli. Dobbiamo l'istituzione al celebre editto del 1657. Due ad ogni sede di ammiragliato furono nominati di codesti sensali-interpreti. Dopo parecchie Ordinanze si vide confermata e meglio sistemata la istituzione in quella del 1681, che ne richiese la prova o il diploma di capacità.

Vi si trova usato il vocabolo *conducteur* attaccato a quello di sensale-interprete; vocabolo che ebbimo tradotto nel Codice albertino, e sparve solo nel presente, come diremo; conduttore, quello che prende a nolo la nave; e per estensione, dice Alauzet (n° 358), adoperato a significare l'intermediario per la cui opera si conchiudeva la locazione o nolito delle navi.

Io sospetto che qualche spiegazione più plausibile potrebbe aversi in servigi la cui memoria è forse sfuggita all'attenzione degli scrittori, osservando l'aderenza di tali *mediatori, conduttori di navi*, all'ammiragliato, al quale difatti era ceduta la nomina, mentre gli altri mediatori marittimi erano di nomina del governo. Certo è, che in principio le loro funzioni erano onninamente distinte da quelle dei sensali ordinari di commercio. Senza escludere gli interpreti semplici, li chiameremo così, materiali interpreti dell'idioma, senza veruna ingerenza nella formazione dei contratti, i *courtiers-conducteurs* prestavano ministero obbligatorio sì ai capitani stranieri che ai francesi, un ministero che poteva anche dirsi ufficiale (Bédarride, n° 362).

Secondo la testimonianza di Valin si vennero confondendo questi ordini col tempo; i sensali di commercio si presentavano all'approvazione dell'ammiragliato, e questo bastava. Tal era lo stato delle cose nel 1791, quando fu proclamata la mediazione libera.

Alla ricostituzione del sensalato che avvenne

Digitized by Google

nella Legge di ventoso, anno IX, non si parlò più di *courtiers-conducteurs*, espressione che in qualunque modo s'intenda, denotava una classe di mediatori a parte: le funzioni erano confuse. Coll'assetto definitivo della legislazione francese, meglio distinte le attribuzioni, gli stessi nomi ricomparvero negli articoli 77 e 80 del Codice.

161. Prima di esaminare l'articolo 41 dell'attuale italiano facciamo notare una differenza di redazione che, secondo noi, non implica una varietà sostanziale, mostra però che si è avuto in animo di chiarire ciò che poteva rimaner dubbio nella redazione francese.

L'articolo 80 del Codice francese dice: « Les « *courtiers interprètes* et *conducteurs* de na« vires font le courtage des affrètements; ils « ont en outre le droit de traduire, en cas de « contestations portées devant les tribunaux, « les déclarations, chartes-parties, connaisse« ments, contrats et tous actes de commerce « dont la traduction serait nécessaire; enfin « de constater les cours du fret ou du nolis. — « Dans les affaires contentieuses de commerce, « *et pour le service des douanes*, ils serviront « seuls de truchement à tous étrangers, mai« tres de navires, marchands de vaisseaux et « autres personnes de mer ».

Mi permetto di mettervi al fianco l'art. 82 del Codice albertino. « I sensali *conduttori di* « *bastimenti* fanno la mediazione pei noleggi « ed accertano il corso dei noli. — *Quando* « *siano anche nominati interpreti*, essi hanno « il diritto esclusivo di tradurre le dichiara« zioni, i contratti di noleggio, le polizze di ca« rico ed ogni altro contratto ed atto di com« mercio, la cui traduzione sia necessaria in « controversie portate avanti i tribunali; come « pure di servire d'interpreti negli affari con« tenziosi di commercio e *pel servizio delle do*« *gane* a tutti gli stranieri, mercanti, padroni « di bastimenti, equipaggi ed altra gente di « mare; salva la concorrenza degli interpreti « che fossero nominati per sovrana provvi« sione, con diritto parimenti d'esercizio negli « affari commerciali ».

La condizione *quando siano anche nominati interpreti* era già una variazione di buon conto; ora avete sott'occhio l'articolo 41, e potete vedere che alla pressochè oziosa formola *sensali conduttori* è stata sostituita quella *i sensali di noleggi di navi*. Alle parole *pei servigi delle dogane* — è surrogato — *negli affari di commercio e di dogana*.

162. Recandoci all'esame di queste disposizioni che abbiam detto non essere diverse nella sostanza, ma le dubbiezze esser nate dalla forma di una redazione meno felice, ricorderemo che i sensali delle altre categorie avevano creduto di poter muover questione ai sensali *conduttori di navi* intorno allo esclusivo esercizio che questi si arrogavano sulla formazione dei noleggi, non solo per le navi di padroni esteri, ma eziandio per le nazionali. E si affidavano a questo sillogismo: che intanto i sensali conduttori avessero quell'esercizio esclusivo *in quanto erano interpreti*; ora non si è interpreti che di una lingua straniera, non mai della propria: conseguenza, che solamente alle *navi di stranieri* era privilegiato l'esercizio loro.

Rispondevano i contrari, che essi erano in prima *sensali di noleggi*, poi interpreti, occorrendo; quest'ampliazione di facoltà non potere pregiudicare alla loro caratteristica qualità di sensali di noleggi (1). E avevano ragione. L'equivoco nasceva da quelle parole del testo francese — *les courtiers interprètes et conducteurs*. Pareva che l'ufficio d'interprete fosse annesso a quello di sensale di noleggi per formare il sensale privilegiato; ora vediamo che l'ufficio d'interprete è una qualità aggiunta, non un ufficio distinto.

163. La dizione *quando siano nominati* non è mai riferibile che al placito governativo, al diritto di nomina, alla patente d'esercizio. Le parti contraenti non possono influirvi, nè attribuirne la qualità al sensale noleggiatore, come interprete di diritto, da loro prescelto.

Nè varrebbe il dire che le parti possano costituire un interprete a se stesse, ai loro atti e contratti, e in verità non può essere contestato: la differenza sta negli effetti giuridici che una tale elezione o nomina produce. L'articolo 41 non è una regola generale di procedura: è una istituzione commerciale, e per di più, è la istituzione di un privilegio dedotto da una funzione pubblica. Il giudice troverà sempre un fortissimo appoggio di verità nelle spiegazioni e interpretazioni di un traduttore convenzionale, nel quale, e per capacità e probità, ambe le parti locarono intiera fiducia. Ma il traduttore convenzionale, in contesa portata a giudizio, dovrebbe rimanersene in-

(1) Dice Bédarride di aver sostenuta la questione con Pascal Roux, riportando favorevole sentenza dalla Corte di Aix nel 25 febbraio 1847, che dichiarò non avere i sensali delle altre categorie diritto alcuno d'intromettersi in questa faccenda dei noleggi di navi.

Digitized by Google

dietro dall'interprete legale, da quello che solo è riputato autentico.

Il governo, anche per mezzo delle autorità sindacali ch'esso costituisce, ha voluto riservarsi di calcolare i gradi di capacità, perchè l'abilità dei noleggi e le cognizioni che vi sono indispensabili, non danno anco la facoltà delle lingue, alla quale altri e maggiori studi si ricercano. La sfera d'idoneità del sensale noleggiatore in tal caso si estende; e senza avere una superiorità gerarchica, ha delle attribuzioni di maggior portata; un esercizio che non dividono con lui i suoi confratelli meno capaci od istrutti, mentre dividono con lui quella di fare i noleggi e accertarne il corso.

Tuttavolta i sensali interpreti non formano una classe a parte: essi cominciano sempre ad essere sensali di noleggi. Non potrebbero concepirsi dissociati da questo esercizio primario della loro carica. I sensali di noleggi potranno anche acquistare, in seguito di lungo uso ed esperienza, tale qualità che loro mancasse; fondamento logico però di una versione atta ad esercitare autorità nei giudizi, è la conoscenza delle leggi e delle pratiche contrattuali in tal genere di negozi.

164. In questi varii articoli che veniamo esaminando, ufficio della legge si è delineare i requisiti dei pubblici sensali; i limiti e le prerogative delle loro funzioni. Anche l'art. 41 è dedicato alla costituzione di un privilegio: parola che in quest'epoca di civiltà non suona bene, ma alla quale è nella specie attaccato un grande interesse pubblico. I giudici italiani che non conoscono la lingua tartara o malese, devono sentire la verità attraverso l'organo dell'interprete, che non avendo forse controllo, s'impadronisce, a dir così, delle scritture, quasi arbitro del loro significato. La capacità, comunque mediocre e solo in quanto sia sufficiente ad una letterale e sensata traduzione, non è affare che possa chiarirsi al momento in cui si apre una contesa giudiziale. Bisogna averne dato saggio; possederne il diploma; con ciò solo possono evitarsi le sorprese e i pericoli della ignoranza e della malafede. Perciò abbiamo visto essere stato da molto tempo il pensiero dei legislatori del commercio.

Nè in tutti i porti e città marittime d'Italia, nè in tutti gli scali ove sono residenti consolati italiani, ci sono sensali interpreti. È ben chiaro che allora non si reclamerà il privilegio; e il giudice dovrà far ragione coi mezzi che nella sua posizione potrà trovare più opportuni.

Tuttociò ammesso come pacifico, è piuttosto a vedersi se pronunciando un tribunale di commercio ove esistono sensali aventi qualità di interpreti (e s'intende di determinate lingue), il privilegio e l'esclusività della loro funzione sia di tal sorta che le sentenze, altrimenti proferite, siano nulle.

Io sento dover rispondere, che la sentenza sarebbe nulla. Ho detto più volte che, quantunque la disposizione si presenti sotto la forma di privilegio personale, la giustizia però è vivamente interessata nella scelta degli interpreti legali, dal caso in fuori che le parti non avessero accettata la traduzione di un altro interprete qualunque. E allora la questione si ridurrebbe alla proporzione di un esercizio illegittimo; darebbe luogo ad una gara nell'interesse degli esercenti, a pene disciplinari, ad emende di danni.

---

165. La seconda parte del secondo periodo dell'articolo 41 si offre all'esame distinta e separata dall'altra.

Qui non si parla più di *controversie portate avanti l'autorità giudiziaria;* si tratta di guidare i capitani e padroni di navi straniere che, approdati alle spiaggie italiane, e non volendo o potendo esplicare da sè quelle operazioni che, giunti a terra, sono ad essi necessarie od utili, hanno bisogno di una guida: la guida viene loro porta e messa avanti dalla mano stessa della legge.

Il capitano straniero che tocca i nostri porti, viene, direi quasi, obbligato con dolce violenza a servirsi di quegli organi di mediazione che la legge del paese reputa miglior guarentigia per lui, e per l'abilità della interposizione, e per la sorveglianza che sovr'essi esercita il governo. La legge del paese lo copre d'una protezione ch'egli stesso non può declinare; gliela impone. Perciò la prima autorità a cui deve far capo lo avverte; gli ostende i nomi di quelli che potranno aiutarlo, come interpreti autorizzati, nell'uso della lingua locale, se egli non si sente abbastanza esperto per fare da sè. Ma se non la intende o non sa spiegarsi, ecco un uomo che ha bisogno d'interprete, diceva il celebre Valin; e non sarà delle autorità del luogo il dargli aiuto o conforto? Se vi sono in quel punto o a breve tratto interpreti autorizzati a quell'idioma che è parlato dal capitano straniero, di questi soli deve giovarsi (1).

(1) « Ainsi, si étant étranger, il ne sait parler la langue française, il n'est pas évidemment en état

Digitized by Google

Secondo l'organismo della nostra legge, l'interprete è nello stesso tempo sensale di noleggi, d'ordinario ha pure qualità pei contratti di assicurazione; è un completo mediatore marittimo. Non è un personaggio distinto, come sembra risultare dalle recitate parole che VALIN dettava in tempi per noi alquanto antichi.

L'interprete, adoperandosi per mettere sulla via lo straniero, stende le denuncie e le dichiarazioni opportune; dichiarazioni che sono talvolta della più grave importanza, della più difficile espressione, come quelle che riguardano i sinistri sofferti nel viaggio, gli atti che occorrono per comprovarli, le proteste che ne conseguono, e via discorrendo. Ben guardando, l'opera, non oltrepassa l'esercizio d'interprete; è giustificata dalla necessità (1). Ciò ch'egli non potrebbe fare, senz'aver anche la patente di sensale di merci, sarebbe il sovvenire di aiuto il capitano straniero, per esitare e commerciare le sue mercanzie.

L'uso generale della lingua francese ha reso meno prezioso l'ufficio dell'interprete. Più sovente si verifica negli uomini di mare l'inesperienza delle formalità e delle usanze che devono compirsi allo sbarco; e si ha d'uopo di una direzione. Ed ecco ancora la stirpe cosmopolita dei mediatori a prestarsi coll'alacrità che è del loro carattere. Questa specie di sensalato non è ben divisata dalla legge generale di commercio; ma suol esser ordinata in particolari regolamenti giusta la riserva fattane dall'articolo 41 (2).

166. Se il padrone o capitano straniero vuol isfuggire alla benevola ma pressante ospitalità che gli offre la terra italiana, stando alle tradizioni, dovrebbe comparire in persona, ma solo, perfettamente solo, e non recare con sè il sussidio di qualche amico, di qualche uomo istrutto dell'equipaggio, per esempio, che lo venga aiutando nelle sue operazioni (3).

Ma questo è troppo; e a me sembra vedervi la solita intolleranza dei privilegi che vogliono tutto per sè. Un amico, un uomo del capitano che scende di bordo con lui, non viene a far concorrenza con alcuno; può dirsi far parte di lui stesso. E invero la nostra legge non impone al capitano straniero quest'azione solitaria, e spero non sarà nelle nostre consuetudini di mettergli al fianco una guardia per isolarlo dai suoi compagni onde verificare le sue personali attitudini a trattare i propri affari. Certo è pure che il capitano può essere accompagnato dal suo commissionario; e questi può anche agire indipendentemente da lui e come persona propria (4).

Io convengo pienamente nella dottrina della Corte di cassazione francese (13 dicembre 1845, SIREY, anno 1846, I, 251), che condanna le anticipate convenzioni che tendessero a valersi di altri mediatori che di quelli stabiliti negli ordinamenti del paese ove sarà necessaria l'opera loro. Ma *sit modus in rebus*. Non facciamo della protezione un monopolio distinto e notevole pel suo carattere oppressivo. Lasciamo qualche cosa alla libertà onesta, perchè non passi in abuso (5).

« d'agir par lui-même; ayant nécessairement besoin d'interprète pour lui servir du truchement; et cet interprète ne peut être autre que l'interprète juré. Dans ce même cas il lui faut aussi un courtier, et il ne peut le prendre ailleurs que dans le nombre des courtiers jurés » (*Comment.*, all'art. 44, tit. VII, lib. II, Ordon. 1681).

(1) MOLLOT, num. 790; DALLOZ, num. 302; ALAUZET, num. 342.

(2) Lungamente si disputò dai Francesi se tali uffizi non fossero ristretti alle denuncie *di dogana*, stando alle limitate espressioni dell'articolo 80, benchè si convenisse in una intelligenza molto più estesa. È dovuto al Codice attuale di avere sciolta ogni difficoltà colle formole *negli affari di commercio e di dogana* (Vedi sopra nº 162).

(3) Porterò un altro passo di VALIN: « On conçoit qu'il n'est pas en assistant simplement aux opérations qui sont à faire pour les déclarations, tant au greffe de l'amirauté qu'au bureau des fermes; qu'il ne suffit pas en un mot, qu'il se présente en personne dans les endroits ou doivent se traiter les affaires rélatives à son voyage ou à son commerce; *mais qu'il faut qu'il fasse personnellement* sans truchement ni aucune aide toute ce qui est à faire sur ce sujet ».

(4) Esistono trattati internazionali che danno facoltà ai consoli delle rispettive nazioni di agire al bisogno quali mediatori ed interpreti, e di compierne le operazioni correlative.

(5) Non credo dover aggiungere alle osservazioni fatte all'articolo 35 e in qualche altro luogo *sulla validità degli atti* che venissero eseguiti contro le prescrizioni della legge del sensalato. Se al nº 164 ho professata la massima più rigorosa rispetto alle decisioni giudiziarie; in ordine però ad atti stragiudiziali, la cui validità dev'essere protetta e sostenuta, quando siano intrinsecamente regolari e secondo l'indole loro soddisfacenti, non sarà caso di nullità la intromissione di un sensale meno autorizzato o di nessuno; e dove specialmente vi sia buona fede dal lato del capitano, tutto finirà in una questione disciplinare e di *usurpazione*, come dicono, *di funzioni*. Altrimenti la protezione si pagherebbe troppo cara; sarebbe quasi una protezione iniqua.

Digitized by Google

Articolo 42.

I sensali di trasporti per terra e per acqua, nei luoghi assegnati all'esercizio del loro uffizio, hanno il diritto di esserne mediatori.

167. *Nozione generica di questo esercizio.*

167. La linea di condotta di tali mediatori è tracciata da regolamenti speciali che gl'istituiscono nelle varie località ove possono abbisognare. I *sensali di trasporti per terra e per acqua* non s'incaricano dei trasporti, non sono esecutori dei contratti che si fanno col loro mezzo. L'articolo non riguarda che il loro esercizio speciale ed esclusivo. La loro importanza, un tempo assai notevole, è quasi caduta e resa inutile dalle strade ferrate.

Sensali di terra e d'acqua non sono sensali marittimi. La loro provincia è limitata alla navigazione dei fiumi, dei canali e delle riviere, e non si estende ai gran laghi solcati dai vapori; l'esercizio di codesti sensali non oltrepassa la navigazione interna.

La loro stessa privativa s'infrange in confronto dell'esercizio infinitamente superiore, comechè analogo in parte, dei commissionari, dei quali parla il Capo II del seguente Tit. IV.

Articolo 43.

La stessa persona può cumulare le funzioni di agente di cambio e di sensale anche in più specie di mediazioni, purchè adempia alle condizioni e dia le cauzioni stabilite dalle leggi e dai regolamenti per ciascuna di tali funzioni.

168. *Modificazione ben intesa e progressiva sulle precedenti legislazioni commerciali.*

168. Questo temperamento, questa facoltà di accumulare sopra un sol capo le funzioni del sensalato, è un passo verso la libertà. La divisione non fa che render più aspra e più taccagna la privativa, e suscitare impedimenti da tutte le parti.

Avverto ch'esso è un portato del nuovo Codice. L'albertino nell'articolo 84, fedele al prescritto francese, aveva messo al bando di ogni altra funzione i *sensali di trasporti*. Io credo che il Tribunato che concorse ad inasprire la redazione dell'articolo 82 del Codice di commercio francese, non si facesse una idea chiara della incompatibilità e dei suoi motivi. Gli scrittori che si sono venuti succedendo facevano a se stessi la domanda, qual ragione assegnare a una tale esclusione. Mancava allora la previsione della industria dei commissionari *de roulage*, come li chiamano, che si sviluppò più tardi. I vetturali che si acconciano cogli stessi commissionari direttamente, e fanno il vero e reale servizio dei trasporti, hanno messo sul lastrico gl'intermediari privilegiati. La mediazione fluviale non ha quasi più voce; perchè i padroni di trabaccoli o di *paquebots* che vi fanno un commercio attivo e continuo, e poco esteso, non sanno che farsi dei mediatori ufficiali. La navigazione a vapore nei grandi fiumi ha dato l'ultimo crollo a quest'industria. Nei punti più interessanti vi sono case, agenzie, che regolano i corsi e creano gli affari in nome di qualche società o di qualche intraprenditore. Era venuto il tempo di fondere insieme codesti ministeri isolati dei sensali, e farne un gruppo più energico, un nucleo più vivace d'affari, e soprattutto farvi rientrare la sterile industria di tali mediatori. Non siamo più nel 1808; e neppure nel 1842.

Articolo 44.

L'elenco dei pubblici mediatori dev'essere e rimanere affisso nelle sale del Tribunale di commercio, della Borsa, della Camera di commercio e del sindacato dei mediatori.

Digitized by Google

Dove manca la Camera di commercio, l'affissione si fa nelle sale del municipio.

L'elenco esprime la specie o le specie di mediazione cui è addetto ciascuno degli iscritti (1).

Articolo 45.

Il ministero dei pubblici mediatori non è obbligatorio per i contraenti. I mediatori non possono ricusarlo quando ne sono richiesti.

169. *La generale libertà proclamata a favore dei contraenti che trattano da sè i proprii affari è modificata dalle disposizioni dell'articolo 36.*

170. *Del ministero relativamente necessario dei mediatori pubblici; conseguenza d'indebito rifiuto.*

169. La libertà che l'articolo 45 proclama a tutto profitto dei contraenti, ha forse un limite nell'articolo 36, che sembra contenere una disposizione privilegiata ed esclusiva agli agenti di cambio? Quando si tratta di *rendite* o di *effetti pubblici*, i contraenti, come li chiama l'articolo 45, possono negoziarli, trasferirsene la proprietà a loro volontà ed arbitrio, indipendentemente dall'opera e intervento dell'agente di cambio? E non parliamo già di negoziazioni di borsa, ma fuori del recinto di essa; in un tempo e luogo qualunque.

Il Codice di commercio francese non stimò necessario di dettare per questo una regola: se ne aveva però un esempio nel Decreto del 27 pratile, anno X. Nell'articolo 4 dichiarava permesso *à tous les particuliers* di trattare e negoziare fra loro le lettere di cambio, biglietti all'ordine o al portatore, tutti gli effetti da essi guarentibili per mezzo di girata, e di vendere le loro merci.

È un poco singolare, bisogna convenirne, che in un Codice si abbiano a scrivere delle regole per dire che i proprietari *hanno il permesso* di usare e disporre liberamente della loro proprietà. Ma il nostro legislatore ha sentito che questo imbarazzo della mediatoria, gettato su quasi tutti i rami principali del commercio, poteva eccitarne il dubbio. Anche l'articolo 85 del Codice di commercio albertino aveva detto « che gli agenti di cambio e sensali nelle città, nelle quali sono stabiliti, richiesti, non potevano ricusare il loro ministero ». Il nostro articolo 45 è anche più esplicito.

Ma per avventura ha un po troppo generalizzato (tanto è ardua cosa misurar le parole in un dettato legislativo), lasciando dietro sè la ricerca, che noi ci siamo fatti, e alla quale rispondiamo che la negoziazione degli effetti pubblici è veramente in dominio degli agenti di cambio, e *che il loro ministero è obbligatorio* per gli stessi contraenti. « SI L'ON EXCEPTE LES « RENTES SUR L'ÉTAT (ALAUZET, nº 314), il faut « dire également que le privilége des agents « de change ne forme pas obstacle à la vente « qui a lieu par marché direct pour tous les « effets même cotés à la bourse » (2).

Havvi un interesse superiore attaccato alla negoziazione, in specie degli effetti pubblici che si trasferiscono nominativamente nei libri dello Stato; vi è l'interesse di stabilirne il corso legale; quello di mantenerne il saggio al livello delle condizioni generali del commercio, e non metterlo in balìa di transazioni private, nelle quali, a dir così, il valore si sfigura mescolandosi ad altri elementi che non hanno un carattere determinato.

Senonchè una legge politica, eccezionale, limitativa di diritti che ci appartengono completamente per lo naturale ordine delle cose, suole prefiggersi un intento diretto e principale, e lasciare l'ordinaria libertà in tutto il resto. Gli stessi effetti pubblici possono esser oggetto di particolari convenzioni, e che tali convenzioni siano nulle, niuno vorrebbe sostenere. Le carte e i valori dello Stato sono materia di contratti, di pegno, di deposito, di pagamento, di cessione e vendita pur anco; salvo la realizzazione che sarà operata per mezzo degli agenti di cambio.

(1) V. *Appendice* al presente Capo sugli attributi del *sindacato dei mediatori* colle rispettive annotazioni.

(2) Quindi tutti gli altri valori, comunque legalmente apprezzabili alla borsa, si negoziano liberamente.

Digitized by Google

170. Il ministero dei pubblici mediatori è necessario. *Non possono ricusarlo*, dice l'articolo, *quando ne sono richiesti*.

È chiaro che sì rapporto alla commissione che alla esecuzione fra i diversi effetti negoziabili, differenza esiste. Il mediatore di effetti pubblici ha sempre materia disponibile; della rendita ne trova sempre alla borsa. Ma un sensale, per esempio, di noleggio o di assicurazione deve avere un indirizzo; deve sapere con chi trattare. Ciò modifica d'assai la responsabilità dello stesso mediatore.

In commercio il tempo è tutto: le dimore, i ritardi possono tornare funesti. Il mediatore imputabile del danno patito deve risarcirlo (Cassazione francese, 19 febbraio, 1835 (Sirey, tom. I, pag. 318).

È stato osservato (Dalloz, *Rép.*, v° *Bourse de commerce*, n° 273 e 274) che il committente può essersi ingannato: può aver dato un ordine del quale, ripensandoci, potrebbe pentirsi. Si crede insomma che, travedendosi errore o illusione, sia lecito al mediatore schivare la esecuzione del mandato, coll'obbligo però di darne avviso e lume al suo mandante. L'atto, come si vede, sarebbe delicato e onesto; ma da una circostanza eccezionale e anche molto rara, non potrebbe dedursi una massima qualunque di diritto. La legge si pronuncia in termini assoluti, e fa bene. Non si concede facilmente al mediatore la investigazione dei motivi della sua commissione: il suo dovere è di eseguirla il meglio che può. A contatto col suo cliente, egli è bene alla portata d'illuminarlo, di riceverne nuove istruzioni (1).

La Legge del 1854 (Vedi *Appendice*) non contiene una disposizione espressa intorno a questa generale obbligazione dei pubblici mediatori; ma è del tutto indicato che il rifiuto (indebito e ingiustificato) si denuncia all'ufficio di sindacato dei mediatori che potrà assoggettare il renuente a punizione, come si dirà nelle note alla detta legge; e richiedendolo il commerciante straniero al paese, proporgli altro mediatore.

Un'altra obbligazione non scritta nella legge, ma che si comprende naturalmente, è di rendere avvisato il cliente *nello stesso giorno* del compito negozio (Corte di Parigi, 24 giugno 1836, Sirey, tom. II, p. 545).

Articolo 46.

I pubblici mediatori devono tenere i seguenti libri:

1° Un libretto in carta libera, nel quale devono annotare, anche a matita, nel momento della conchiusione, tutte le operazioni fatte col loro ministero, indicandone sommariamente l'oggetto e le condizioni essenziali; della quale annotazione rimetteranno nel tempo stesso una copia da essi firmata alle parti contraenti;

2° Un libro numerato, firmato e vidimato in conformità dell'articolo 18, nel quale devono registrare in modo più particolareggiato, giorno per giorno e per ordine di data, senza interlinee, trasposizioni, abrasioni, abbreviazioni e cifre numeriche, tutte le condizioni delle vendite, compre, assicurazioni, negoziazioni e in generale tutte le operazioni fatte col loro ministero. Essendo necessaria qualche cancellatura, questa deve operarsi in modo che le parole cancellate siano tuttavia leggibili.

I pubblici mediatori devono dare alle parti, sulla loro richiesta, una copia del contratto da essi firmata, nei termini medesimi in cui fu posto a registro; faranno firmare questa copia dalle parti, se queste vi consentono, autenticandone la firma.

Articolo 47.

L'autorità giudiziaria può ordinare ai pubblici mediatori di presentare i loro

(1) Quindi il mediatore pubblico non è nella posizione dei professionisti liberi, degli avvocati e procuratori, ai quali è facoltativo prestare il loro ministero in affari della cui giustizia o convenienza non siano persuasi.

Digitized by Google

libri al fine di collazionare le copie da essi rimesse alle parti colle note e scritture originali, e chiedere ai medesimi gli schiarimenti opportuni.

Articolo 48.

Le copie spedite dai pubblici mediatori, quando siano munite della firma delle parti autenticata dal mediatore, fanno piena fede in giudizio.

Articolo 49.

Quando la convenzione non sia interamente negata, i libri dei pubblici mediatori possono essere ammessi a far prova tra le parti delle condizioni della medesima.

L'autorità giudiziaria può avere riguardo anche alle note ed alle copie non firmate dalle parti, rimesse dal mediatore alle medesime secondo l'art. 46.

171. *Osservazione preliminare sul differente oggetto dei libri dei commercianti e di quelli dei pubblici mediatori.*

172. *Ragioni per le quali il legislatore ha stimato di limitare e moderare gli effetti probatorii dei libri dei pubblici mediatori.*

173. *Esame di varie contingenze non regolate da speciale prescrizioni, e da conformarsi ai principii generali della prova.*

174. *Dell'interesse dei terzi. Dei casi di dolo e frode. Se possa aver luogo l'applicazione dell'articolo 25.*

175. *Commento particolare all'articolo 49. Se interamente negata la convenzione, i libri del mediatore, comunque regolari, non abbiano veruna capacità provante.*

176. *Quando il contratto è interamente negato; delle condizioni che possono provarsi col mezzo dei libri; e quale sia la vera ragione per cui nella prima ipotesi non sono ammessi alla prova.*

---

171. I mediatori pubblici sono commercianti rispetto alla giurisdizione; questo carattere, inerente al loro ufficio, sarà riveduto nella chiosa all'articolo 63. Ma se ai commercianti di professione i libri sono imposti a giustificazione dei proprii loro affari, ai mediatori pubblici sono imposti qual debito di funzionari e depositari degli affari altrui. Quindi diversa la qualità dei libri; altre le ingiunzioni, le discipline, le penalità. Amendue le istituzioni sono dominate da un principio: la guarentigia generale dell'interesse dei terzi.

172. Per quella parte che concerne l'obbligo dei mediatori, la legge ha potuto spiegarsi chiaramente e prendere le misure più decise. La regolare tenuta dei libri giustifica la condotta di questi ufficiali; e la loro qualità attribuisce alla testimonianza delle proprie scritture un certo valore. Nondimeno la legge ha dovuto scendere con molta cautela sul terreno della prova.

Si è cominciato dal dire che i contratti commerciali si provano « con le note dei pubblici mediatori sottoscritte dalle parti, nella forma stabilita dall'art. 46 » (1). Un concetto conforme è quello scritto nell'art. 40. E per verità niuno potrebbe dubitare che documenti firmati dalle stesse parti, contenenti le condizioni del contratto, non facciano piena ed intera fede. Non c'era bisogno di dirlo; la legge poteva tacerne, o contentarsi di esprimerlo in tesi generale nell'articolo 92. Parlandone, ha voluto significare che i libri per se stessi non hanno forza provante, almeno in pari grado. Tale fu difatti lo spirito originario del corrispondente articolo del Codice di commercio francese. Il sistema ebbe i suoi grandi oppositori nel Consiglio di Stato; e non mancavano di ragioni. Le formalità delle sottoscrizioni essere imbarazzanti, si diceva, al rapido movimento degli affari nei centri più animati; il ministero dei pubblici mediatori perdere quel prestigio di

(1) Questo articolo ha una limitazione necessaria, qualora le parti non abbiano capacità personale.

Digitized by Google

cui doveva essere circondato. E allora a qual pro tutto quell'apparato e quello scrupolo di replicate registrazioni e di libri tanto solenni? Le convenzioni condotte a termine dai mediatori pubblici con incarico che si poteva provare, non sussistevano adunque che alla condizione di essere roborate dalla sottoscrizione che taluna delle parti potrebbe sempre negare impunemente senza pericolo di essere smentita, mentre ai libri e alle annotazioni dei mediatori non si prestava fede! È noto che Régnaud de Saint-Jean-d'Angely sosteneva fortemente la tesi contraria.

Prevalse e continua prevalere nei nostri Codici, se non il sospetto, almeno il dubbio, sull'autorità di una prova, che infine è tutta commessa ad una testimonianza del genere stragiudiziale; poichè, per quanto si faccia e si congegnino modalità estrinseche per colorire di verità quelle annotazioni, l'arbitrio, l'abuso, la invenzione, l'errore è possibile.

Alle obbiezioni si risponde che se i libri dei mediatori non forniscono tutta la prova delle transazioni commerciali, hanno però un certo valore sussidiario; la testimonianza scritta può essere avvalorata sino a formar piena prova, aggiuntavi l'orale, ove specialmente concorra la testimonianza pur anco dell'altro mediatore del contratto (1).

Questo non troviamo espresso nel testo, e fa piuttosto difficoltà il vedere che la legge dichiara in quel caso che i libri dei mediatori *possono essere ammessi a far prova* (articolo 49) (2); dal che sembrerebbe doversi inferire che in altri casi non sarebbero ammessi. Inoltre il trovarsi nel medesimo articolo 49 indicato che *le note e le copie non firmate dalle parti* a loro rimesse potrebbero meritare un *riguardo* dal giudice: quindi due riflessi: che non i libri, ma le note e le copie potrebbero di tal riguardo esser degne; e l'espressione stessa usata dalla legge dimostrare, che da tutto ciò non potrebbe mai sorgere che qualche argomento influente nella convinzione; un elemento di prova, e non mai una prova.

La tendenza liberale del Codice di commercio in fatto di prova si manifesta nelle norme generali che viene statuendo più avanti; ma toccando di certi mezzi che sono affatto propri al diritto commerciale, e di così speciale indole che non trovano riscontro nell'ordine teoretico e comune, non potè il legislatore dispensarsi dal porvi intorno delle regole per graduare, se così posso esprimermi, la fede che i giudici avrebbero potuto accordarvi in relazione al preconcetto del legislatore medesimo. Noi non possiamo invertire l'ordine legale stabilito, ma in tutto quanto non è rigorosamente prescritto, reclamiamo la libertà dei principi generali.

173. Ecco intanto quali norme noi crediamo potersi proporre senza venir meno alla osservanza che si deve a quelle specialmente divisate nei nostri articoli.

I pubblici mediatori trascrivono immediatamente l'esito della operazione (oggetto e condizioni essenziali) nel minutario di borsa, a manuale ordinario; e nello stesso giorno ne fanno registro *nel libro in un modo più particolareggiato* (art. 4, 6, n° 2), coi nomi delle parti; ed a maggior precisione può suggerirsi la menzione dell'altro mediatore in concorso del quale sia stato combinato l'affare. Se ne estrae quella copia del contratto che porgesi a firmare alle parti (articolo 46, capoverso). I mediatori *ne autenticano la firma*. Mancando l'autentica, il contratto sarebbe meno valido? No: è una eccellente cautela, dovendosi ritenere che la ricognizione del pubblico mediatore valga quella del notaio, e produrrà lo stesso effetto; ma la ricognizione delle firme non sarà condizione essenziale di validità, malgrado la dizione anche più compatta dell'articolo 48.

Tuttavia è da por mente che l'articolo 48 contempla l'effetto estrinseco più immediato. Tali copie, ivi si dice, *fanno piena fede in giudizio*. Equivalgono, come accennai or ora, ad un atto pubblico; ne hanno la stessa forza. La verità materiale dell'atto o delle sottoscrizioni non è più impugnabile che *con querela di falso* (3).

(1) Nell'opera di Delamarre (n° 151) così si ragiona:

Se la mancanza dei *bordereaux* e della iscrizione sui libri proviene da negligenza del pubblico mediatore, se ne rigetta la testimonianza (Girod-Clarion, *Journ. de jurispr.*, t. i, p. 89, e t. ii, p. 227).

Del resto la prova orale, in genere, è sempre ammissibile, non essendo necessario che il contratto sia scritto nei libri del mediatore, e sottoscritto nelle note.

(2) Del quale ci occupiamo nel seguente articolo.

(3) È stata censurata quella proposizione di Pardessus (n° 148), che un sensale *è reo di falso in scrittura pubblica* s'egli scrive nel suo giornale fatti non veri.

Ritengo anch'io che i *libri* non abbiano valore di atto pubblico; ma dico altrimenti rapporto *alle note da essi firmate*, in tal caso esercitando atto di pubblico uffiziale (Vedi il nostro n° 217).

Le parti, in ipotesi, non firmano il contratto sulla copia del pubblico mediatore, forse perchè non lo stimano necessario, ma lo eseguiscono. Dopo cominciata la esecuzione, una si pente; vuol tornare indietro, ma è troppo tardi. L'esecuzione è l'accettazione e la prova.

Ma è la prova allora soltanto che possa essere constatata la conformità della scrittura coi libri del mediatore. Se la parte, venuta in sospetto di essere stata ingannata, malgrado un principio di esecuzione, insorge e obbliga il mediatore a presentare i suoi libri, la domanda può esser ammessa. Se la pagina del libro discordasse dalla *copia spedita*, vi sarebbe più che inesattezza, falsità; il contratto crollerebbe dalla sua base.

Perciò io sono di parere che malgrado il silenzio che qui si usa in ordine a quella facoltà di chiedere e di ordinare la esibizione dei libri che venne posta nell'articolo 26, non si possa al silenzio attribuire il valore di una esclusione (1). Sarebbe una deduzione assurda; e mi si permetta il dirlo, iniqua. Un compratore di rendita si trova averla pagata troppo cara, visto che i fondi in due giorni hanno ribassato a precipizio. Gli conviene di negar fede al contratto. Il venditore ha la testimonianza dell'agente di cambio che può addurre; ma essa ha d'uopo di esser corroborata dall'annotazione spontanea del *carnet*, e da quella più maturata del libro formale; è probabile che l'agente di cambio si presterà com'è suo debito; ma rifiutandosi, potrà esser costretto.

Questa presentazione potrebbe ritenersi superflua nel caso che l'*autorità giudiziaria* avesse precedentemente usata la facoltà che riceve dall'articolo 47, *di collazionare le copie spedite alle parti colle note e scritture originali*.

Nella ipotesi di due mediatori incaricati dalle due parti, e muniti rispettivamente di mandato più o meno specifico, il loro stesso mandato potrà fornire la prova del contratto, congiuntamente agli altri scritti che ne dimostrino l'adempimento.

Esibizione di libri intendo l'*estrazione della partita che riguarda la controversia*, applicando anche in questa parte l'art. 26. Quei libri contengono il deposito di mille negozi, e il segreto di molte famiglie. Certo per rispettarla e per allontanare l'indiscreta curiosità del pubblico commerciante, la legge è stata in questa parte meno esplicita che laddove si tratti della presentazione di libri fra commercianti. Perciò due speciali ordinamenti furono posti: quello delle copie del contratto tolto dai libri, ma non sono gli stessi libri; il mediatore non li espone e restano chiusi nel suo scrittoio: e quello della *collazione delle stesse copie* che è un pregio delle legislazioni italiane, sconosciuto alla francese. La collazione non è imperativa e necessaria (2); si agirà però cautamente prendendo le mosse da una istanza relativa, che nel maggior numero dei casi renderà inutile, come si avvertì, la prodotta coattiva dei libri, la quale avrebbe pur sempre a solo e limitato oggetto la estrazione della parte concernente l'interesse dei contraenti.

174. A niuno sfugge che nelle contingenze fin qui percorse la comunicazione dei libri dei mediatori pubblici non sarebbe ingiunta nell'*interesse di terzi*, ma nel diretto interesse di coloro che, indipendentemente dalla formale ricognizione che ne avessero fatta colla firmazione delle note ossia della scrittura del contratto, nel deposito affidato a questi funzionari del commercio dalla pubblica fede, attingono la prova originale del proprio diritto. Ivi esercitano un vero diritto di proprietà.

Ma dovrebbe forse escludersi in ogni evento e per sempre qualunque azione dei terzi?

---

(1) Di questo soggetto si parla anche più avanti ai n. 175 e 176.

(2) L'articolo 88 del Codice di commercio albertino aveva una disposizione uguale nella sostanza, dissimile nella forma. Ivi la facoltà di ordinare la presentazione dei libri agli agenti di cambio e sensali *al fine di collazionare le copie da essi rimesse alle parti* apparteneva al Tribunale: intendiamo quello di commercio. Ora non al tribunale, ma all'*autorità giudiziaria*. Il Codice di procedura civile nulla dispone sull'esercizio di tale funzione; solo sappiamo che nè il consiglio sindacale, nè la Camera di commercio, nè altra autorità dell'amministrativo commerciale ne ha il potere. Analogamente agli ordini di procedura, io credo che il presidente del Tribunale di commercio sia appunto quell'*autorità giudiziaria*, che è genericamente indicata nell'articolo, non escluso il pretore nei piccoli affari di sua competenza. Senza farne però questione giuridica di competenza; poichè ne riconosco nel presidente del tribunale l'autorità rapporto ai mediatori pubblici esercenti nella piazza, e per qualunque valore.

Chiudo questa nota osservando che è sempre nel diritto delle parti contraenti d'invocare con stragiudiziale istanza la *collazione* che difficilmente sarà ordinata *d'ufficio*, benchè non sia fuori del possibile.

Il rifiuto del mediatore può esporlo a sospensione ed altre penalità, e ne diremo più avanti.

Per eseguire la collazione delle copie, regole di analogia abbiamo negli articoli 913 e 914 e segg., della procedura civile.

Digitized by Google

In fatto di prove aventi carattere legale e capacità d'illuminare la coscienza del magistrato, niuna dev'essere messa al bando con una specie di proscrizione anticipata. Non sono rare pur troppo le collusioni, le contrattazioni simulate a danno dei terzi. A provare il dolo e la frode ogni genere di dimostrazione si accetta; nè qui la legge aveva bisogno di estendersi in parole.

In niun conto però sarebbe a concedersi applicazione all'articolo 25 per affari di *successioni* o *comunione di beni*. I libri del commerciante possono ben chiamarsi l'archivio di famiglia dell'erede e successore che ivi impara lo stato degli affari, i propri diritti e le forze del suo patrimonio. Ma quanto moltiplici sono quei libri, e qual tesoro di documenti, per così dire, vi si racchiude? Vi è forse qualche cosa di analogo col minutario dei mediatori, che a tratti brevi, sterili e fugaci contiene in poche pagine cento affari diversi? Come nei registri di nascite o di matrimoni ognuno può trovare una partita che decide della sua esistenza sociale, senza che nè prima nè dopo vi sia cosa alcuna che possa interessarlo, così nei registri dei pubblici mediatori l'interesse o, se vuol dirsi, la proprietà batte sopra un punto; e la comunicazione di tutto il registro non può mai essere richiesta (1).

175. Voglio dedicare qualche speciale osservazione all'articolo 49.

I libri dei pubblici mediatori sono ammessi a far prova delle condizioni, semprechè *la convenzione non sia intieramente negata* (2).

Ecco il solo articolo che parla di una prova legale possibile a dedursi dai libri dei pubblici mediatori. Se lo intendiamo alla lettera, esso non fa molto onore, bisogna convenirne, all'autorità dei pubblici mediatori, alla importanza e gravità delle loro funzioni. Un'aperta, sincera, o sfrontata negativa, ridurrebbe alla non esistenza tutto quel complesso di cautele e di guarentigie e morali e penali che i legislatori vennero studiando, onde le operazioni dei mediatori presentassero agli occhi del pubblico un certo grado di verità o di certezza. Stando ancora alle parole, il secondo periodo dell'articolo 49 non somministra argomento per dare un valore qualunque ai libri del mediatore a fronte di un'impugnativa assoluta della esistenza del contratto. Quel periodo si trova come staccato dal primo; ha un senso di generalità che non vi corrisponde; e non accenna che alle note e alle copie non firmate.

Nondimeno è necessario temperare una troppo acerba conclusione. Se i libri non sono ammessi *a far prova*, sarà poi che non valgano proprio nulla, che non provino nulla? (3). Bisognerebbe allora dire che nulla provino le testimonianze dei mediatori, le quali testimonianze hanno radice e, sino a un certo punto, la propria dimostrazione negli stessi libri. Si entra, come ognun vede, nella questione di apprezzamento, e non partendo dai libri una virtù probatoria assoluta, ne avranno sempre una relativa e circostanziale quando siano regolari (4).

176. Relativamente ai fatti di mediatori pubblici, negare la convenzione è quasi sempre negare il mandato; poichè una volta incaricato e facoltizzato il mediatore pubblico a trattare un negozio, il consenso si è già dato per concluderlo senza l'intervento del mandante. E siccome il mediatore ha il massimo interesse di stabilire questa base onde guarentirsi da tutte le responsabilità conseguenti, da ciò nasce che la legge non gli permette di farne la prova a se stesso mediante le proprie scritture, malgrado la sua qualità ufficiale (5). Rispetto alle *condizioni* è altra cosa; se delle condizioni si controverte fra le parti, non è attaccata quasi mai la persona e l'uffizio del

---

(1) Se n'eccettua il caso di fallimento: ma allora non si discutono partite nè si mettono alla prova gli affari combinati dal mediatore: allora è l'uomo che si studia e si giudica nel libro; per quanto se ne ritrae della sua moralità ed onestà, è un giudizio d'insieme.

(2) Precisa riproduzione dell'articolo 89 del Codice di commercio albertino.

(3) Scrivendo di queste materie, Bédarride, al nº 403, dice: « Faut-il en conclure que ce livre » n'aura et ne pourra jamais avoir aucune influence « sur la sorte de litige? Se décider ainsi serait mé- « connaître la pensée du législateur, telle que la « révèlent ces mêmes débats sur l'article 109 » (Mollot, nº 499 e seg.).

(4) Quella specie di ripugnanza che alcune opinioni professano, e sembra trapelare dall'insieme di questa legislazione speciale, non deriva se non dal timore d'indiscrete manifestazioni a danno dei terzi: ripeto perciò e confermo quanto io diceva di sopra, che la comunicazione dev'essere in ogni caso limitata all'estratto della partita in questione, da farsi per mezzo di un funzionario pubblico, sia questo un notaio, un cancelliere o un giudice delegato.

(5) *Prova piena* s'intende come si è detto or ora; e non un qualche più o men forte indizio di prova: tanto più che non potendosi forzare le parti a firmare le note, il mediatore si trova esposto ad ogni capriccioso rifiuto.

Digitized by Google

mediatore; egli non porta un interesse suo proprio e personale in una simile controversia, e quindi risulta testimonio credibilissimo. E più della sua stessa parola parlata vale la scritta che non è improvvisata a comodo del momento; che venne fissata in un registro legale, depositario di tanti affari e anco di tanti segreti.

Talvolta la impugnativa e la differenza non cadrà propriamente sulle *condizioni*, ma sulla *sostanza del contratto*, sulla sua giuridica esistenza, e tuttavia non cesserà l'applicazione della riserva del nostro articolo 49. Si è trattata fra commercianti e per via di mediatore la vendita di vino racchiuso in botti nella cantina del venditore. Qualche giorno appresso si appiccò un incendio a quell'edifizio, e tutto andò perduto. Il compratore che aveva pagato e si ritiene debitore del prezzo ha tutto l'interesse di sostenere la non esistenza giuridica della vendita, o più esattamente ancora che il contratto non era perfetto, atteso la vendita del vino non essersi fatta per *aversionem*, in globo, nel tutto insieme, ma avrebbe dovuto farsene l'assaggio e la misura; cose che non si fecero per lo sopravvenire del disastro. Si tratta dunque non delle *condizioni* concomitanti e modificanti il contratto, ma dell'essere suo. E nonostante non può dubitarsi che i libri del mediatore potranno *venire ammessi a far prova* di ciò che vi ha di più essenziale nella convenzione; imperocchè riconosciuta o non impugnata nel mediatore la podestà che aveva di fare il contratto, egli non viene a farne la prova coi propri libri per giustificare se stesso; d'allora in poi il suo modo d'operare si reputa conforme alle facoltà ricevute, benchè non risultino espresse in qualche atto delle parti; la sua qualità di pubblico mediatore gli accorda una presunzione d'imparzialità e di rettitudine, che rende autorevole la testimonianza de' suoi libri nell'interesse dei contraenti (1).

Articolo 50.

Gli agenti di cambio sono civilmente risponsabili della verità dell'ultima sottoscrizione delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e degli altri effetti che negoziano.

Articolo 51.

I pubblici mediatori devono, salvo il caso in cui vi sia consegna immediata della cosa e del prezzo, manifestare prima della conclusione del contratto alla parte che ne fa la domanda il nome dell'altra parte.

177. *Ragioni di metodo.*
178. *L'agente di cambio è garante della verità dell'ultima sottoscrizione del recapito commerciale: ragione di tale disposizione.*
179. *Non dovendosi l'agente di cambio rendere altresì garante della solvibilità del firmatario, le parti sono dall'articolo* 51 *messe in grado di conoscerla e di apprezzarla.*
180. *Ciononostante rimane sempre nell'agente di cambio l'obbligo di accertare la verità dell'ultima sottoscrizione.*
181. *Trovandosi necessario alla sicurezza della contrattazione di accertare le firme di altre persone, senza di che il firmatario non potrebbe obbligare il vero proprietario del recapito, l'agente di cambio n'è dispensato se gli si presenti a prova un atto pubblico.*
182. *Se l'agente di cambio sia tenuto a rilevare la verità del mandato, non risultante da atto pubblico.*
183. *Se l'articolo* 50 *imponga all'agente di cambio la stessa responsabilità rapporto ai titoli non nominativi, ma* — al portatore.
184. *Se negoziato in buona fede un effetto* — al portatore — *si trovi essere stato involato*

(1) Pel principio che l'agente di cambio o sensale non può far prova a se stesso, non potrebbe invocare il suo libro contro il cliente a stabilire l'incarico che dice averne ricevuto (BÉDARRIDE, num. 401). Ma si crede con ragione che se il suo cliente è commerciante, egli potrà essere favorito dalla legge generale che ammette i libri regolarmente tenuti a far prova fra commercianti (BÉDARRIDE, ivi).

Digitized by Google

al suo possessore legittimo, l'agente di cambio che lo ritiene, possa essere costretto a restituirlo, e sia colpito anche da un'azione di danni e interessi.

185. *Questioni relative.*

186. *Se l'agente di cambio sia responsabile della capacità legale dei suoi committenti.*

187. *Nozione generale del corso dei valori negoziabili.*

---

177. Discorrendo l'articolo 36, si fece un rinvio al luogo presente.

In quell'articolo abbiamo letto: « Hanno « soli il diritto (gli agenti di cambio) di fare « per conto altrui le negoziazioni delle cam« biali, dei biglietti all'ordine e delle altre « carte negoziabili, e di accertarne il corso ».

L'economia di questo Capo che si svolge in lunga serie di disposizioni, che in altri Codici veggonsi di molto compendiate, collocò all'articolo 50 quel grave monito, che pareva inseparabile dall'articolo 36, a compierne il concetto. E sia detto soltanto a giustificazione di metodo.

178. Gli agenti di cambio ai quali la legge affida esclusivamente la negoziazione dei valori, hanno vera qualità di commissionari, presentandosi al commercio nel loro vero nome, come si è spiegato altrove. Rimpetto ai loro clienti sono mandatari con obbligazioni peculiari e proprie alla situazione ad essi creata dalla legge.

I commercianti che non trattando direttamente i propri affari, di cambiali, di acquisti o vendite di effetti industriali, hanno d'uopo del ministero dell'agente di cambio, non conoscendo le persone che si obbligano verso di loro, hanno diritto a delle guarentigie. La legge le ha dichiarate. « Gli agenti di cambio sono civilmente responsabili della *verità* dell'ultima sottoscrizione ». Ciò suppone che la negoziazione abbia per oggetto la creazione o l'acquisto di un titolo commerciale; o di una cessione con pagamento a termine. L'agente di cambio non assicura che l'*ultima sottoscrizione;* quella del proprietario cedente, o del debitore acquirente. La carta può esser carica di trasporti e di firme, e darà un'idea del credito che gode; ma generalmente non è in potere di alcun commerciante di verificare ad una ad una le sottoscrizioni; il suo rapporto immediato è fissato coll'ultimo giratario o cedente: la legge non ha voluto fare all'agente di cambio una condizione più grave (1).

179. L'assicurazione e guarentigia della verità della firma è bensì cosa importante, ma non è tutto. Mi potete dare una firma vera di un cattivo negoziante, di una persona poco solvibile. Era mestieri qualche altra cosa; e, diciamolo francamente, vincere quel certo pregiudizio che sembrava prodotto dal monopolio che aveva il suo grado di utilità, ma può anche credersi troppo accarezzato e geloso.

Pareva dominare in questa istituzione l'idea del segreto. L'articolo 19 del Decreto del 27 pratile, anno X, lo imponeva in questi termini: « Les agents de change devront garder « le secret le plus inviolable sur les personnes « qui les auront chargés de négociations, à « moins que les parties ne consentent à être « nommés, ou que la nature de l'opération ne « l'exige ».

L'antica legislazione poneva a guardia del segreto ben gravi penalità che di poi vennero cessando, ma l'agente di cambio rimase esposto ad una azione di danni-interessi verso coloro che non volevano essere nominati (2): il segreto era insomma, e in parte è ancora, un dovere della professione del pubblico mediatore. La stessa giustizia non poteva penetrare l'arcano. Il pubblico mediatore, testimonio in giudizio, era dispensato dal deporre i nomi dei suoi committenti, eccettuato il caso di dolo e frode e di complicità imputata allo stesso mediatore (Cassazione francese, 18 gennaio 1806).

---

(1) La giurisprudenza francese mantiene ancora l'applicabilità del Decreto 27 pratile, anno X, che negli articoli 13 e 16 obbliga gli agenti di cambio a certificare *la identità del proprietario della rendita pubblica*, che n'è il cedente. Secondo la legislazione anteriore (Legge 24 agosto 1793, e 28 fiorile, anno VIII), della verità del trasporto non rispondeva che il così detto liquidatore della tesoreria; indi il preposto alle traslazioni dei titoli. Le osservazioni che altrove abbiamo fatte (art. 141): le regole stabilite quanto alle operazioni degli agenti demaniali nel R. Decreto 8 giugno 1861, specialmente all'articolo 6, dimostrano quale sia la funzione che incombe all'agente e quali le sue responsabilità. Quindi la nostra trattazione può procedere con tutta semplicità nei limiti dell'articolo 50 senza quelle tirate *sulla rendita*, cui si abbandonano confusamente i trattatisti francesi.

(2) Mollot, n° 228; Dalloz, *Répert.*, v° *Bourse de commerce*, n° 330; Alauzet, n° 316.

Digitized by Google

Noi abbiamo visto la giurisprudenza venirsi modificando in tempi posteriori (*V.* il nostro n° 144), e raggiungere più scopi, temperare l'accentrazione del monopolio; rendere meno dure le responsabilità che incombono agli agenti di cambio; agevolare nell'interesse delle parti medesime l'esito del negozio; corrispondere a certi bisogni reali della esecuzione, come nelle convenzioni a termine.

La legge però non si era pronunciata; noi sentiamo ora per la prima volta, e ne diamo lode al legislatore italiano, farsi ai pubblici mediatori un precetto di « manifestare, salvo il caso in cui vi sia consegna immediata *della cosa e del prezzo* (1) *prima della conclusione del contratto*, alla parte che ne fa la domanda il nome dell'altra parte ».

L'articolo 51 è generale, da quelle negoziazioni in fuori che si combinano alla borsa. In quel mercato pubblico e, si direbbe, legale, gli agenti di cambio non possono essere considerati che quali commissionari e personalmente obbligati. Per ogni altra negoziazione od acquisto, che tutti si comprendono nella locuzione dell'articolo 50, il mandato può esser limitato alle semplici trattative, qualora si debba correr la fede di un debitore; ovvero quella parte a cui il mediatore propone un affare che si risolve in un diritto, in un'azione esercibile, lo inviti a svelargli il nome del suo cliente.

Di tal maniera i mediatori pubblici rientrano pressochè nell'ordine dei mandatari comuni; meno arbitrio e meno responsabilità; spariscono, per così dire, i mediatori, gli affari si effettuano, in certo modo, fra le stesse parti (2).

180. Or dunque le stesse parti si conoscono; forse non vengono in presenza, ma colla dichiarazione dei nomi che si suppongono noti, sono alla portata di misurare il grado di fiducia che vuolsi prestare all'altro contraente. Non cessa però il bisogno di applicare l'articolo 50, salvochè le stesse parti non firmassero le carte in cospetto l'una dell'altra. Fuori di ciò, che non suol farsi, si dev'esser tranquilli *sulla verità della firma*; e l'agente di cambio ha questo speciale dovere, dietro il quale stanno le più serie e formidabili obbligazioni (3). O per mancanza di cura e diligenza, o per tramato inganno, non trovandosi vera la firma dell'accettante, del giratario, del cedente, dell'obbligato qualunque, egli ne risponde del proprio.

181. Qui il Bédarride si fa una questione: « Quelle est la portée réelle de ce mot de la « loi (4); *la vérité des pièces*? L'agent de « change garantit-il non seulement l'appa« rence, telle qu'elle resulte, de ces pièces, « mais encore la sincérité des énonciations « qu'y sont contenues? (n° 263).

Il quesito che, come ora vedremo, venne giudizialmente proposto e per solenni sentenze risoluto, può tradursi in una formola più concreta. = L'agente di cambio che attesta la verità della firma e ne risponde, è anche obbligato e deve rispondere della verità (5) dei documenti che fanno del firmatario un rappresentante, un gerente, un mandatario del vero obbligato?

Il caso si è presentato sotto forme particolari, e giova vederlo nella sua specialità, anche per avvisare se e quali inferenze generali se ne possano dedurre.

Il conte *A.* fece ad un suo notaio *B.* di Parigi una procura per riscuotere certi affitti. Il notaio depostàla nei suoi minutari, ne diede due spedizioni autentiche contenenti (*ciò che non era nella procura*) la facoltà di alienare una o più rendite in somma determinata, pertinenti al conte *A.*, le quali copie vennero autenticate da un notaio ausiliario (*en second*), che diremo *C.*

In virtù di tali atti l'agente di cambio *D.*

(1) Che cioè non sopravviva al contratto obbligazione veruna; che il contratto sia totalmente e perfettamente consumato.

(2) Le presenti osservazioni non escludono nè rendono inutili quelle fatte al nostro n° 144. Là si trattava della spontaneità dei mediatori che vogliono o tentano di porsi al coperto dalle già incontrate responsabilità; mentre al luogo che esaminiamo, il mediatore adempie un dovere impostogli dalla legge prima di obbligare se stesso.

(3) Dico — *agente di cambio* — perchè la negoziazione delle firme, propriamente parlando, versa sugli affari della natura di quelli indicati nell'articolo 50. Lo stesso obbligo però, in casi analoghi, hanno gli altri mediatori pubblici. All'articolo 40, per esempio, si vedono tenuti i sensali di assicurazioni ad attestare *la verità* delle polizze colla loro firma; quanto dire la verità delle firme degli obbligatari.

(4) La Legge alla quale accenna l'autore è quella del 28 fiorile, anno VII, e il Decreto 27 pratile, anno X. Riguardavano le certificazioni che l'agente di cambio doveva fare della identità del venditore (di effetti pubblici), della verità della sua firma e dei documenti prodotti.

(5) Dicesi *verità* solamente, non *legittimità* nè *capacità*, delle quali circostanze si parla in seguito.

Digitized by Google

negozia le rendite; il prezzo va in mano del notaio *B.*, che poco appresso cade in fallimento.

Il conte *A.*, visto l'inganno, muove azione di risarcimento di danni contro le finanze, l'agente di cambio, e il notaio *C.*

Lasciate le ragioni proposte contro il tesoro, il conte *A.* sosteneva che l'agente di cambio avrebbe dovuto accertarsi non solo della firma del venditore o del mandatario, ma pur anco della veracità dei documenti; avrebbe dovuto collazionare l'estratto della procura sulla matrice, verificarne la fedeltà. Quanto al notaio, in secondo, diceva che la sua inconsulta firmazione di un documento falsificato, lo costituiva evidentemente responsabile delle conseguenze.

Le pretensioni del conte *A.* non vennero accolte. Nella decisione del 23 gennaio 1834, la Corte di Parigi (1) osservava, rapporto all'agente di cambio,

Che la Legge (27 pratile, anno X) altro obbligo non imponeva all'agente di cambio che guarentire la identità del proprietario, la verità della firma e quella dei documenti prodotti;

Che la sua responsabilità cessa di fronte ad atti autentici di pubblico notaio, com'erano quelli che contenevano l'estratto della procura;

Che l'atto pubblico facendo intera fede di se stesso, dispensava e l'agente di cambio e la finanza di verificare la spedizione sulla matrice: cosa d'altronde impossibile per la distanza dei luoghi.

Questa dottrina della Corte di Parigi non è contestata da alcun autore, per quanto io mi sappia.

182. Per semplificare l'esame di questa tesi importante, si lasci il caso della frode fatta al tesoro; mettiamoci nelle condizioni dell'articolo 50.

L'idea prevalente e decisiva fu certo quella che il mandatario del venditore si presentasse con un rogito autentico di notaio, al quale atto un ufficiale qualunque, fosse pure un magistrato di toga, non poteva negar fede; era impossibile dar carico all'agente di cambio di avervi creduto. Si potrà ben dire che messo in sospetto della falsità avrebbe dovuto astenersi dal negozio, riferirne al cliente; e sospetto non c'era; ma non gli si poteva imporre la collazione del documento, un processo di verificazione. Se il caso si presenti anche fra noi, non potrà decidersi diversamente.

Più importa il sapere, se nei casi ordinari non essendo il mandatario rivestito di procura per atto pubblico, incomba all'agente di cambio l'onere di attestare non solo la verità della firma di esso mandatario facendola seguire alla propria presenza, ma eziandio la verità della firma del mandante.

Ad esonerare l'agente di cambio da tal carico, può osservarsi che la legge limita l'obbligo suo a verificare per sè l'*ultima sottoscrizione*. Sia pure che essendovi necessità di accertare due firme (2), la verificazione di una sola non basti. Ma è altrettanto vero che con ciò verrebbe ad aggravarsi indebitamente la responsabilità dell'agente di cambio; tanto più qualora diversi fossero i mandati, e varie le rappresentanze.

Inoltre la nostra legge commerciale non ingiunge all'agente di cambio di *certifier la vérité des pièces produites*, o si tratti di effetti pubblici o di effetti privati negoziabili (3). E dev'essere così, poichè, quanto alla responsabilità dell'agente di cambio in fatto di alienazione e trasporto di rendite dello Stato, essa è determinata dalle disposizioni del R. Decreto 8 giugno 1861 (4). Quella speciale alle *lettere di cambio*, ai *biglietti all'ordine* e agli altri *effetti negoziabili* è scritta nell'art. 50; e non parla affatto di certificare la verità dei documenti, nè vi si potrebbe aggiungere. Si può credere vi sia una ragione, e questa risultare dall'articolo 51. Non essendosi temuto di mettere in più diretto rapporto i committenti coi loro propri affari, svigorito il monopolio dei pubblici mediatori, ne conseguita, che questi potevano esonerarsi senza pericolo dalla responsabilità di verificare i documenti ed altre sottoscrizioni oltre il prescritto dell'articolo 50.

Io credo che in queste deduzioni ci sia molto di vero, ma, secondo me, non risolvono completamente il problema.

Dico che il pubblico mediatore non è obbligato dall'ufficio suo a trattare per interposte persone, cioè per organo di mandatari (5). La

(1) Confermando la sentenza 19 febbraio 1833 del Tribunale della Senna (Dalloz, *Rép.*, v° *Bourse de commerce*, n° 374; Alauzet, n° 322.

(2) Se non fosse autorizzato dal proprietario, è manifesto che il supposto mandatario non potrebbe obbligarlo.

(3) Quanto all'obbligo di certificare la *identità* della persona, deve ritenersi confuso con quella *della certificazione della firma*, che non sarebbe vera se non fosse la persona identica.

(4) Ved. le note al nostro n° 141.

(5) Al numero seguente vedremo che abbia a

Digitized by Google

legge fa bensì ai mediatori pubblici un dovere di prestarsi ai richiedenti, ma non può intendersi che in modo diretto; non può intendersi cioè che degli stessi proprietari, e non di supposti loro mandatari. L'agente di cambio non potrebbe farsi giudice della verità o sufficienza del mandato; niuno potrebbe costringerlo a questo esame, alieno dal suo ufficio e dalle sue attribuzioni. Si è già osservato di sopra, che ciò estenderebbe incongruamente le guarentigie che dovrebbe dare, e quindi la sfera delle sue obbligazioni.

Ma poniamo ch'egli siasi prestato alle istanze di un sedicente mandatario ed abbia condotto l'affare a termine o con altro mediatore pubblico, o direttamente con una parte alla quale ha fatto o non ha fatto conoscere lo stato delle cose. L'agente di cambio in tal caso non sarebbe esonerato dall'obbligo di presentare alla parte che resta in credito un documento fedele; in altre parole, delle firme vere costituenti nel loro insieme una obbligazione perfetta. Eccettuato il caso di una procura per pubblico atto (secondo ciò che si è detto al numero precedente), egli dovrebbe assicurarsi della *verità della sottoscrizione* non solo del mandatario, ma eziandio del mandante, e rispondere della regolarità ed efficacia dell'atto verso il proprio cliente, dacchè in quello stato di cose, e senza farne partecipe lo stesso cliente, assunse il negozio.

183. Havvi una difficoltà grave in ordine ai titoli non nominativi, ma *al portatore;* e siccome la legislazione commerciale francese in questo punto non è diversa, la difficoltà fu prevista ed esaminata.

Mollot crede dovere l'agente di cambio rispondere della *sincerità del titolo* (n° 548). Fermandosi all'*ultima sottoscrizione*, la legge non guarda che i casi più comuni — *id quod plerumque fit.* I recapiti che si creano, o vengono dalla circolazione girati e girabili, si ritengono sufficientemente garantiti colla verificazione dell'ultima firma. Una garanzia consimile, dice l'illustre scrittore, dovrà pure coprire il recapito al portatore.

E Bédarride (n° 276) ci avverte, essere erronea tale dottrina, contraria non meno alle parole che allo spirito della legge.

La responsabilità dell'agente di cambio non può esser giusta se non quando gli sia possibile di soddisfare all'obbligo che vi corrisponde. Ma è forse possibile all'agente di cambio che negozia a Parigi un titolo al portatore, sottoscritto a Londra, a Berlino, a Genova, di riconoscere la verità di quelle firme; e forse giusto ch'egli ne abbia a rispondere?

La impossibilità di una simile verificazione non era contrastata da Mollot. Ma diceva: l'agente di cambio corra la fede del proprio cliente che gli ha consegnato il recapito, e non avrà voluto ingannarlo: ma dal canto suo faccia tranquillo colui nell'interesse del quale lo acquista.

Si replica che lo stesso portatore del recapito non vorrebbe nè potrebbe mallevarlo; egli è in buona fede, noi lo riteniamo, ma può ingannarsi, ed egli stesso non saprebbe come dar conto di passaggi senza numero che può aver subito il recapito prima di arrivare a lui. Non si pretenda adunque l'impossibile.

Io adotto queste ragioni, molto più in confronto di una legge chiara che non ammette estensione in aggravio; d'una legge che guarda bensì ad *id quod plerumque fit*, non per inchiudere, ma per escludere i casi straordinari; laonde si rovescia l'argomento di Mollot (1).

Conveniamo tutti che l'agente di cambio non deve nulla trascurare di ciò che la prudenza e l'abilità del suo grado consiglia; egli non dev'essere rimproverato di negligenza, di leggerezza, d'imprudenza; sopratutto, io penso, deve accertarsi della moralità, dell'onestà e buona posizione del suo cliente; se qualche ragionevole sospetto lo assale, lasci l'affare; niuno potrà costringerlo se, invitato (giacchè non deve farsi delatore), rende un motivo plausibile della sua astensione.

—

184. Quantunque il quesito che vengo a farmi possa sembrare un leggero sviamento dall'ordine di queste idee, non posso ometterlo, attesa la sua reale importanza (2).

Il possesso costituisce il portatore proprie-

---

dirsi riguardo a persone incapaci e loro rappresentanti, o a società e corpi morali.

(1) Pare che la giurisprudenza più moderna abbia favorita anche di più la posizione dell'agente di cambio per quanto riguarda la negoziazione di *titoli al portatore.* — La Corte di Parigi, in una sentenza dell'8 agosto 1839 (*Journal du Palais*, p. 553), ha detto essere al coperto da ogni responsabilità l'agente di cambio che ha negoziato titoli al portatore, quantunque vi fosse stata precedente opposizione della quale l'agente avesse fatto memoria nei suoi registri.

(2) Seguo in questa parte la esposizione di Bédarride, accettando con lui la dottrina della Corte suprema di Francia, che definisce questo punto nel modo più decisivo.

Digitized by Google

tario del recapito; l'agente di cambio acquistava dunque dal proprietario che la legge riconosce legittimo. Questo noto principio ha una limitazione non meno nota; che la causa del possesso non si dimostri delittuosa, o non derivi da qualche altro fatto illegale, come un ritrovamento fortuito. L'agente di cambio che in buona fede ha negoziato il recapito ricevendolo dal possessore di mala fede, in qual posizione si trova verso il proprietario o verso colui che per la mediazione sua se ne fece acquirente e pagò l'importo?

Diremo anche il caso che nacque. Un titolo pubblico al portatore involato al suo possessore legittimo, dato in mano all'agente di cambio, venne da questo negoziato ad un terzo commerciante; ma per reclami fatti dal proprietario, il Tesoro rifiutò l'iscrizione. Il compratore restituiva il recapito all'agente di cambio.

Il proprietario era anche in diritto di rivendicarlo. Muove azione contro l'agente di cambio, e lo vuole condannato ai danni ed interessi. La Corte di Parigi (26 dicembre 1822) accoglie la istanza ragionando: che l'identità dell'effetto era ammessa e riconosciuta; che l'agente di cambio ebbe torto di non informarsi del modo onde il recapito di cospicua somma fosse pervenuto ad un uomo di cui era saputa la cattiva condizione economica ed allo stesso agente era debitore di una piccola somma che non pagava; inoltre, se non minore, di poco uscito dalla minor età.

Erano, come si vede, circostanze speciali. La condanna dell'agente di cambio che rimase e non fu annullata da decisione superiore, fu giusta: e con ciò si prova la teoria accennata nel precedente numero, non esservi cioè alcuna teoria: e l'agente di cambio non essere propriamente responsabile rispetto alla funzione, ma per la colpa comune della negligenza o imprudenza. La questione è di competenza civile, e difatti quell'agente di cambio fu colpito dall'applicazione dell'articolo 2279 del Codice napoleonico.

185. In quel caso essendo l'effetto ancora in mano dell'agente, il proprietario aveva potuto dalle mani di lui rivendicarlo.

Ora accade, che un effetto derubato sia stato negoziato alla borsa con pagamento del prezzo. Il proprietario ha stabilito la identità del suo titolo; ma in tal caso, essendone l'acquirente regolarmente investito, il proprietario stesso non potrebbe rivendicarlo se non rimborsatogli il prezzo; ha dunque diritto di conoscerne il nome. Può costringere l'agente di cambio a rivelarlo? Può chiederne la condanna in garanzia s'egli non voglia o non possa farlo? Ecco un'altra fase di questa importante questione.

In somigliante controversia due pronunciazioni abbiamo della Corte di Parigi, 23 febbraio 1846, e 16 giugno 1847.

La Corte di Parigi promulgò il principio = che, o si tratti di valori al portatore o nominali, gli agenti di cambio *répondent de la individualité de leurs clients;* che se essi fanno gli affari di uno sconosciuto, peggio per loro; non possono sfuggire alla responsabilità dichiarata dal Decreto dell'anno X (1).

La Corte suprema rigettò il ricorso proposto contro la sentenza 24 febbraio 1846, togliendo però di mezzo il postulato giuridico della stessa sentenza, e trasportando il criterio della questione fuori dell'orbita dei doveri ordinari degli agenti di cambio.

Parigi aveva detto ch'egli è un dovere degli agenti di cambio investigare sulla persona del loro cliente; tanto valeva il dire ch'essi denno rispondere della *sua identità;* escluse che gli agenti di cambio possano interessarsi per tali che non conoscano personalmente; la Corte suprema non vide che una questione di fatto, apprezzabile però nel punto di vista giuridico. È una decisione rimarchevole (2), anche nell'ordine della procedura e della giurisdizione.

Vi erano circostanze particolarissime. Un sedicente conte *O.*, che si diceva dimorante nella città *N.* della Francia, aveva incaricato un agente di cambio qualunque di Parigi a negoziare per lui un recapito (certificato di rendita) al portatore, di somma assai ragguardevole, a spedirgliene l'importo per posta alla detta città. Il sedicente conte *O.* non era possessore di buon conto; era più o meno un falsario o un ladro. Il proprietario *T.* si avvide in tempo del mal giuoco; e fu diligente di pubblicare nel *placard* della borsa il titolo involato, pubblicazione che si estese anche di più per cura del sindacato; dai quali fatti, ritenuti nella sentenza denunciata, prese le mosse la Corte di cassazione. In complesso dimostrava che l'agente di cambio non sapeva nulla, e non si curò di saperne, e in tutto si diportò con riprovevole imprudenza; aveva

(1) Poichè il Codice di commercio francese è muto su questo proposito.
(2) Del giorno 21 novembre 1848.

Digitized by Google

mancato al debito suo; egli aveva per suo fatto e colpa recato un danno; doveva ripararlo, e non già in forza di una legge speciale al commercio, ma della legge comune.

La sentenza tuttavia si sostenne perchè la condanna era giusta, stando i fatti da lei posti; nel suo sistema razionale era andato tropp'oltre; ma la Corte suprema, tenuta la conclusione, modificò i principii; dedusse da quei fatti le vere conseguenze.

L'altra decisione della Corte di Parigi presentava una specie assai semplice: non vi erano circostanze aggravanti la condotta dell'agente di cambio; agli occhi dei giudici della Corte di Parigi era condannato per avere operato in nome di uno sconosciuto. La Corte suprema proclamò nel 21 novembre 1848 una teoria che noi accettiamo completamente anche per conto della nostra legislazione.

L'agente di cambio deve certificare l'identità della persona per la quale si adopera; ma *cette obligation n'est lui imposée qu'à l'égard des valeurs nominatives — les effets au porteur, par leur nature même, ne comportent pas l'application d'une pareille obligation.* La sentenza era censurabile per avere ritenuta — *comme une infraction aux devoirs de l'agent de change le défaut d'indication des véritables nom et domicile du vendeur des effets au porteur.*

—

186. Osserviamo brevemente se l'agente di cambio sia garante e debba nel proprio rispondere della *capacità legale* dei suoi committenti.

La questione può considerarsi sotto due aspetti; di *capacità attiva* e di *capacità passiva;* ossia in ordine al rappresentante e in ordine alla persona che dovrebbe averne uno.

Un agente di cambio acquista da un creduto gerente di una società; da un creduto tutore di persone minori. È il primo aspetto della questione. Acquista da tale che si crede maggiore e libero amministratore dei propri affari: potrebbe non esserlo: è il secondo aspetto. Se l'agente di cambio s'inganna (1), se sborsa il danaro ricevuto dal suo cliente a taluno che o non sia il proprietario, quanto almeno alla disponibilità dell'effetto che vende; o essendo il proprietario, non abbia facoltà giuridica di disporne, dato che il recapito non sia al portatore, l'agente di cambio non acquista nulla nè per sè, nè per il suo cliente. Non sarà egli tenuto, non dovrà rispondere di sì gran fallo?

Osservo che fra le due specie d'incapacità, la rappresentativa o la personale, abusare della seconda è sempre peggior cosa e più dannevole. Un simulato gerente o tutore che vende senza facoltà, o fa vendere per l'agente di cambio un effetto commerciale, starà sempre garante col proprio. Se un minore non autorizzato al commercio, un prodigo inabilitato, vende e getta il prezzo, il suo patrimonio non avrebbe altro garante, per così dire, naturale che l'agente di cambio, mentre il terzo acquirente, in ispecie se il contratto fu fatto alla borsa, non s'interessa dei nomi; egli contrae collo stesso agente di cambio che dopo avere riconosciuta la firma del cedente o giratario, si crede non dover far altro.

La quale differenza però non influisce sul principio da determinarsi, ma rivela l'importanza della ricerca.

Abbiamo dovuto persuaderci (ni 184, 185), che la disposizione dell'articolo 50 doveva necessariamente restringersi di fronte alla difficoltà somma e impossibilità che l'agente di cambio potesse mai verificare le derivazioni, i passaggi, e le cause di possedere del portatore; il quale a buon diritto si considera in commercio il proprietario, similmente a colui che possiede e spende la moneta, al quale niuno per certo, ricevendola, domanda conto come l'abbia avuta. Quando però al tema presente si ritenga estraneo il disposto dell'articolo 50, ciò si ritiene non perchè non sia, se non facile, almeno possibile all'agente di cambio di prendere un poco notizia della persona del suo committente, ma si direbbe estraneo per ragione del costrutto limitativo dello stesso articolo, che null'altro impone all'agente di cambio fuorchè *della verità dell'ultima sottoscrizione essere civilmente responsabile* (2). Ma l'obbligo di una diligenza tutta particolare, rapporto all'indagare la capacità del suo mandante, non potrebbe forse pesare sull'agente di cambio in forza di altri principii, al dominio dei quali nessun amministratore e ge-

(1) Di buona fede, s'intende, perchè se è in dolo, allora non vi ha remissione; egli è tenuto a tutte le conseguenze.

(2) La formola *civilmente responsabile* ha un senso relativo. Nel Codice di procedura penale è usata a distinguere coloro che non rispondono personalmente di un fatto penale. E qui la ritengo usata ad esprimere forse due concetti. O che l'agente di cambio non risponde *commercialmente:* l'azione del danno sarebbe infatti disputabile avanti la giurisdizione civile. O che l'agente di cambio non risponde che *civilmente* (eccettuato complicità), quando anche la firma sia attaccata di falso.

Digitized by Google

rente degli affari altrui può sottrarsi; e sono di operare saviamente e prudentemente, e di render conto del proprio operato?

Io mi guardo bene dal portar tropp'oltre la responsabilità degli agenti di cambio. Bisogna togliere al corso del commercio, per quanto è possibile, gli impedimenti, le pastoie: questo è il mio principio. In materia di rendite ed effetti negoziabili alla borsa io applico il principio più largamente. Tuttavia non ammetterei la regola negativa come assoluta, come costante. So che la Cassazione di Francia, in una sentenza dell'8 agosto 1827, annullò altra sentenza della Corte di Parigi, del 24 gennaio 1823, che si era spinta nell'eccesso contrario, facendo agli agenti di cambio, per gli effetti pubblici specialmente, un obbligo sì rigoroso, che poteva dirsi del pari irragionevole. Ma sciogliere l'agente di cambio da ogni freno non si può senza grave pericolo (1).

Senz'altro diffondermi, faccio mia la decisione di Bédarride (n° 282). « *Celui qui sciemment aurait négocié pour le compte d'un incapable pourrait et devrait être déclaré responsable* ».

Ciò in massima; le difficoltà verranno nella questione di fatto. Se l'agente di cambio sarà avvertito di far conoscere, anche senza esserne richiesto, al suo cliente il nome della persona colla quale sta trattando, egli ne uscirà netto. Del resto l'ignoranza del notorio gli sarà imputabile; ma sarà giovato da quell'apparenza che trae molti altri commercianti in rapporti d'affari colla stessa persona, riconoscendo in essa una qualità che forse non è giuridicamente vera. In altri casi la qualità della persona, dalla quale riceve la commissione di negoziare il recapito, lo farà accorto del dovere di accertarne la facoltà. È una donna, per esempio, che si qualifica commerciante? L'agente di cambio vorrà almeno sapere se in commercio è riconosciuta per tale; se il decreto autorante è stato pubblicato. O è uno, già pubblicamente interdetto? che si assevera sciolto dalla interdizione. L'agente di cambio non gli crederà sulla parola: vorrà qualche prova. Quest'obbligo non gli deriva dall'essere un mandatario, credo bene di osservarlo; ma gli è imposto dal dovere di lealtà che deve usare verso i terzi che contrattano con lui; che si affidano alla sua posizione ufficiale; che sono nel diritto di credere ch'esso si contenga con quella serietà e prudenza che conviene al suo carattere.

—

187. L'articolo 36 dichiarava che, spettando esclusivamente agli agenti di cambio *le negoziazioni delle cambiali, dei biglietti all'ordine e delle altre carte negoziabili* — spettava pur ad essi *accertarne il corso*.

È noto che quando una piazza deve ad un'altra piazza, considerato il rispettivo commercio in complesso, maggiore quantità di somme che non debba da questa avere (1), nasce un disquilibrio che costituisce il *prezzo di cambio*, che non esisterebbe se le ricerche e le offerte degli effetti dall'una all'altra piazza fossero uguali; fenomeno di uguaglianza che, per così dire, non si conosce.

Il *prezzo di cambio* non è altro, trattandosi di cambiali e valori negoziabili, che un rapporto reale e generalmente accertato dai commercianti fra le condizioni d'onere e di vantaggio colle quali quei valori si negoziano dall'una all'altra piazza. *A.* deve rimettere da Livorno a Marsiglia una somma per pagare un suo debito; acquista una cambiale; e se la carta di Marsiglia per una causa qualunque è molto ricercata, questo prenditore o rimettente deve pagar più caro il suo acquisto. Il cambio gli è sfavorevole. Se la carta di Marsiglia abbonda, la rimessa gli è meno costosa; forse ne ha un vantaggio. Cangiata la posizione da trattario a traente, è chiaro che il favore o disfavore del cambio si verifica in una ragione inversa. La scuola di Colbert o della *bilancia*, basando il criterio della ricchezza sull'affluenza del numerario, vedeva in codeste variazioni la misura della prosperità del commercio rispettivo degli Stati: quella teorica è irremissibilmente condannata dai progressi della politica Economia. Restando nel nostro tema, altri elementi concorrono ad alterare il prezzo del cambio: fra Stati diversi principalmente, la varietà della moneta. In quei paesi ove non si vede più la faccia di un quattrino, e domina il corso forzoso, si complicano i rapporti, e cresce l'agitazione e mobilità dei cambi. Alla difficoltà del calcolo concorre non poco la *idealità* della moneta, tutti sapendo che vi hanno monete che si dicono *di conto*, che non esistono *in rerum natura*, ma

(1) Il motivo pel quale si calcava di più in materia di effetti pubblici, era che le parti sono allontanate da ogni contatto, e non possono trattare del proprio interesse. Io trovo invece che l'interesse generale del commercio esige un certo modo più spedito di operare nella suddetta materia, non escludendo però ogni personale responsabilità.

(2) E anche per circostanze materiali, che qui non importa numerare.

sono ritenute come *unità* onde ragguagliarvi gli altri rapporti monetari. Differenza sarà il valore delle lettere di relazione, in quanto le lettere di cambio siano pagabili sulle piazze nostrane o forestiere.

È inutile continuare questa nomenclatura. Ma in essa, e nei fenomeni che risultano dai fatti commerciali che vi corrispondono, ha la sua ragione l'articolo 36, ove dice che *gli agenti di cambio accertano il corso delle carte negoziabili*. Il contratto è il fatto contingente, che, unito ad una massa di altri contingenti, somministra dati statistici di valore effettivo e corrente; la cui media è il *corso*, regolatore di tutto ciò che v'ha d'indeterminato nelle convenzioni, e guida razionale agli uomini di affari per contemperarvi le loro transazioni (1).

Articolo 52.

Gli agenti di cambio devono dichiarare giorno per giorno alla borsa le negoziazioni seguite colla loro mediazione.

Gli altri pubblici mediatori devono dichiarare alla borsa, una volta per settimana, le negoziazioni fatte col loro ministero, e in mancanza di borsa, negli altri uffizi determinati dai regolamenti locali fatti dalle Camere di commercio o dai municipi, nelle forme e nei giorni stabiliti dagli stessi regolamenti.

Queste dichiarazioni sono obbligatorie soltanto per le negoziazioni, il cui valore non sia minore di lire cinquemila se trattasi di fondi pubblici o di sete, e di lire mille se trattasi di merci.

Le Camere di commercio e i municipi hanno però facoltà di prescrivere ai sensali di granaglie e di altri prodotti dell'agricoltura di comprendere nelle dette dichiarazioni anche le negoziazioni di valore inferiore a lire mille.

Le Camere di commercio, i municipi e il sindacato dei mediatori hanno diritto di farsi presentare i libri dei pubblici mediatori per verificare se omettano di fare le dichiarazioni sopra ordinate.

*Le osservazioni che possono venire opportune a questo articolo sono rinviate alle note nell'*Appendice *di questo Capo.*

Articolo 53.

I pubblici mediatori non possono in verun caso e sotto verun pretesto fare operazioni di commercio o di banca per conto proprio.

Non possono interessarsi nè direttamente nè indirettamente, a loro nome o sotto il nome d'interposte persone, in alcuna impresa commerciale.

Non possono ricevere nè fare pagamenti per conto dei loro committenti.

Non possono negoziare veruna lettera di cambio, biglietto all'ordine o altri effetti, nè vendere veruna merce, appartenenti a coloro dei quali fosse conosciuto il fallimento.

188. *Cenni storici.*
189. *Duplice scopo dell'articolo: ragioni d'alta moralità. — Limitazioni dedotte dal principio di libertà non abusata in frode della legge.*
190. *Posto che il mediatore pubblico non è privato di valersi anche di mezzi commerciali a*

(1) Vi hanno perciò due elementi di valore nella stessa cambiale, il *certo* e l'*incerto* (parole tecniche). Quello è lo importare della stessa cambiale che si sconta a regola di scadenza e per altre che vedremo a suo luogo: l'*incerto* deriva dalla fluttuazione dei cambi.

Ai pratici dovrei scusarmi di aver detto delle cose inutili; ai non pratici dovrei scusarmi di aver detto troppo poco su questa parte della teoria del cambio. Ho tenuto la via di mezzo, come si usa quando non si sa cosa fare.

Digitized by Google

comodo del suo privato patrimonio, si esamina se un biglietto all'ordine da lui sottoscritto, senza espressione di causa commerciale, vada compreso nella nozione dell'articolo 3, n° 2.

191. *La soscrizione di azioni in qualunque società commerciale fatta dal mediatore pubblico dovrebbe ritenersi una infrazione di questa legge: non sempre però la compra di azioni.*

192. *Il pubblico mediatore riceve senz'onta alla legge l'importo del prezzo pagabile nella negoziazione. Come e dentro quali confini il divieto della legge si debba intendere.*

193. *Esposizione di varie contingenze pratiche, giusta le quali si manifesta l'uso legittimo o l'abuso delle funzioni del pubblico mediatore nei suoi rapporti intimi col cliente.*

194. *L'agente di cambio non può soddisfare un debito proprio stornando la destinazione del recapito dalla negoziazione; e che debba stabilirsi rapporto a chi lo ha ricevuto.*

195. *Anticipando il prezzo del negozio per una ragione conveniente, l'agente di cambio non contravviene alla legge. Quali siano in corrispondenza i suoi diritti.*

196. *Se il fallimento esiste a cognizione del mediatore quantunque* — non dichiarato — *egli è colpito dalla inibizione dell'articolo* 53. — *Effetti della violazione rispetto ai terzi.*

---

188. La incompatibilità dell'ufficio di mediatore coll'esercizio del commercio per proprio conto è nell'ordine essenziale delle cose; tutte le legislazioni commerciali bene ordinate hanno dovuto riconoscerlo. Tale incompatibilità si vide stanziata in Toscana colle Leggi 21 novembre 1758 (articolo 8) e 24 gennaio 1769 (articolo 12); in Piemonte, colle RR. Costituzioni (lib. II, tit. 16, cap. 4, § 17), a pena della confisca delle cose comprate, alla privazione perpetua dell'uffizio, e di altre pene ad arbitrio del Consolato, come in quei tempi si usava; in Francia, colla Ordinanza del 1673, coi Decreti del 1720 e 1724, colla Legge 7 pratile, anno X, quindi colle sanzioni del Codice di commercio.

189. *Sul primo periodo dell'articolo* 53 (1). Due scopi di gran momento si propone questa legge: previene gli abusi della missione di pubblico mediatore: allontana da lui, e quindi dai suoi clienti ch'egli avrebbe tratti in inganno, il pericolo del fallimento; che quando avvenisse, non sarebbe mai da considerarsi come una sventura, ma sarebbe sempre un delitto.

Si comprende che il mediatore si trova in mezzo alle occasioni di peccare. Confidente dei più dolorosi segreti delle famiglie; testimonio intimo di quei bisogni che tolgono di poter calcolare i propri vantaggi, sarebbe facile al mediatore di rivestirsi di quelle spoglie. Altre volte vedrà sfavillare intorno a sè le magnifiche promesse della fortuna; e ridotto alla qualità di strumento, sarà tentato di assaggiarne qualche parte per conto proprio, non sapendo intendere com'egli possa arricchir gli altri e non se medesimo. Corrotto dal desiderio e da una falsa direzione, il suo ministero ne sarebbe viziato, prima ancora di essere profanato dal traffico proibito.

Il divieto è generale ed assoluto. Essendo la *spontaneità* il carattere distintivo dei fatti commerciali, come si osservò altrove, la materia del divieto c'era. Nè si offende la naturale libertà, perchè la libertà consiste nel preferire la carica di mediatore pubblico alla professione di commerciante; nella guisa che non si limita la naturale libertà dell'impiegato che la esercitò accettando l'impiego al quale era annessa la incompatibilità di commerciante. Si ha la libertà di assumere una carica, non di rifiutarne i doveri: ecco tutto. Certamente non si deve spingere il rigore sino alla esagerazione.

La generalità delle locuzioni usate nell'articolo 53 è molto ben calcolata. Si è detto *operazioni di commercio e di banca* a denotare che gli atti del mediatore, per cadere nella sfera della proibizione, dovrebbero essere decisamente improntati di tale carattere. Se le lettere di cambio appartengono al genere delle operazioni di banca, abbiamo un'altra specie di effetti girabili, quali i biglietti all'ordine, che non qualificano il commerciante, e stanno al comodo di qualunque persona non commerciante per l'uso ordinario degli affari. Le stesse cambiali sono talvolta dei mezzi necessari ad un proprietario, quantunque lo espongano in quel caso particolare a risponderne commercialmente. Il pubblico mediatore comprende senza dubbio quanto sia delicata la sua posizione, e pericoloso per lui il sotto-

---

(1) Corrispondente all'articolo 85 del Codice di commercio francese.

Digitized by Google

scrivere di tali recapiti: nel rigore giuridico però dovrebbero farsi assai limitazioni. Primieramente questi fatti dovrebbero esser rari, e non tener mai un colore qualunque di abitualità. Il mediatore dovrebbe giustificarne la necessità; escludere ogni scopo di speculazione e di guadagno.

La questione in tal caso e in ogni altro di contravvenzione ai doveri di pubblico mediatore, è penale. Tutte le contravvenzioni sono colpite dalla fiera sanzione dell'articolo 59. Il pubblico mediatore non fa degli atti nulli; non obbliga se stesso senza profitto del creditore; non obbliga neppure inutilmente i suoi debitori, che non potrebbero allegare a loro vantaggio la eccezione della incompatibilità d'ufficio. Se mi si permette di esporre questo grave concetto in altre parole, dirò, che il mediatore pubblico, in presenza delle proibizioni fattegli dalla legge, non è però da considerarsi *quale incapace*. Avviene sempre così quando un fatto generalmente lecito e produttore di effetti giuridici è vietato a taluno per ragione d'ufficio, e solo a titolo di precauzione, per ovviare agli abusi: il carattere di simili divieti non è che relativo. E poichè ogni operazione di tal genere è bilaterale, e interessa due o più contraenti che non sono vincolati dal divieto, ne discende che il contratto sussiste; l'operazione commerciale eseguita, illegalmente quanto a sè, dal mediatore pubblico, deve tenersi valida. Una dichiarazione di nullità, secondo quello che abbiamo affermato in altri luoghi per casi consimili, finirebbe più d'una volta col giovare al contravventore (1). Del resto ogni contravvenzione è un fatto personale che si punisce; la risoluzione penale è la prova della validità dell'atto (2). Dopo la punizione pecuniaria vi ha la destituzione coi suoi effetti più o meno dannosi; più o meno confacenti a ricuperare la libertà comune a tutti i cittadini: in questa sede per altro deve pesarsi la vera e concreta responsabilità del pubblico mediatore, giusta che abbia apparentemente, o pur anco nella sostanza, mancato ai propri doveri.

190. Noi abbiam posto nel precedente numero, che il veto dell'articolo 53 non abbia a tenersi così severo da togliere ai pubblici mediatori la facoltà di valersi di quel mezzo facile di trattare gli affari propri, quale sarebbe l'accettazione o il rilascio di un biglietto all'ordine (3). Ora si domanda: *un tale recapito sottoscritto da un agente di cambio nel suo privato, non espressa una causa civile, dovrà riputarsi atto di commercio secondo la regola stabilita nell'articolo* 3 n° 2?

Ragione di dubitare. L'agente di cambio con tutta proprietà, benchè *in largo senso* (4), dicesi commerciante. Le operazioni d'ufficio dei mediatori pubblici sono operazioni di commercio. Non meno dei commercianti cadono in fallimento; anzi la legge li percuote più fortemente, denunciandoli bancarottieri. Se con tutte le varietà che ci piacerà di trovare in codesti ufficiali e mezzani del commercio, non possono spogliarsi delle qualità di commercianti, sembra dunque applicabile al fatto loro in tutte le sue conseguenze il citato articolo.

Rispondo. Il biglietto all'ordine può servire e serve comodamente al commercio, ma non è atto di commercio. Si *reputa tale* se sottoscritto da commerciante. È dunque *fuori di esso* e nell'esercizio di vere operazioni commerciali, che deve trovarsi la prova della qualità o professione di commerciante. Un proprietario che avesse l'abitudine dei biglietti all'ordine aventi effetto nella sfera limitata che loro è propria, non sarebbe costituito commerciante. Certo la frequenza o l'abuso farebbero mal senso per ragione di quei particolari doveri che incombono al pubblico mediatore, e lo esporrebbero a sinistri giudizi; ma si è già dichiarato che quelle che crediamo limitazioni, implicite nel primo periodo dell'articolo 53, hanno per condizione un uso moderato e la buona fede.

(1) Chi ha fatto un cattivo negozio può trovarsi contento di vederlo sciolto per mano della legge.

(2) « Attendu que si des peines prononcées contre « les agents de change et les courtiers qui sont « pour leur et propre compte des opérations de « commerce, *aucune loi ne prononce la nullité de « ces opérations, et ne soustrait les individus qu'elles « ont rendu débiteurs des agents de change et cour« tiers à l'obligation de remplir à leurs engagements* » (Cassazione francese, 13 marzo 1840 e 18 dicembre 1828, DALLOZ, vo *Commerç.*, pag. 123; NOUGIER, tom. I, pag. 283).

(3) Checchessia delle lettere di cambio, di cui si è pur dato qualche cenno. Debbo però aggiungere a questo punto, che la cambiale, se permessa nel primo contratto, per rara combinazione e per una specie di necessità dei suoi privati affari, non deve essere dallo stesso mediatore girata o negoziata.

(4) Userò di una frase che vidi adoperarsi in una decisione della nostra Cassazione, sedente allora in Milano (17 febbraio 1864). Ivi pure si disse le senserie essere operazioni di commercio in quanto concerne la universalità degli affari.

Digitized by Google

E così riassunto il concetto, siamo d'avviso, che il biglietto all'ordine dovrebbe ritenersi atto civile: 1° Perchè il pubblico mediatore è nel commercio, è istrumento utile al commercio, ma non esercita il commercio, avendo il suo guadagno tutt'altro oggetto che quello largo, indefinito, speculativo del commerciante: egli lavora per un salario, per una mercede. Si considera commerciante, ma a certi effetti e in ordine alla giurisdizione di cui deve sostenere più ancora dei veri commercianti, le discipline e i rigori; 2° Perchè stando noi nel dubbio, mentre supponiamo che la causa della obbligazione non sia espressa, non è lecito presumere la violazione di un dovere o la colpa.

—

191. *Sul secondo periodo dell'articolo* 53.

Il principio che domina la prima metà dell'articolo 53 era stato proclamato colle stesse parole dall'Ordinanza del 1673. Allora fu stimato inutile ogni ulteriore spiegazione. Il Codice di commercio francese vi aggiunse il presente capoverso a maggior chiarezza: *Il ne se peut intéresser directement, etc.* Chi avesse riveduto l'articolo con sottile avvertenza, forse avrebbe notato che la frase *interessarsi* non era la più precisa, e ne avrebbe trovata facilmente un'altra. Capite bene che è del mestiere di un mediatore l'*interessarsi* degli affari di commercio e d'imprese commerciali. Avrebbe dovuto rilevarsi che l'interesse a lui vietato era quello che si prenderebbe a *conto e vantaggio proprio.*

Del resto la spiegazione che la legge ha stimato utile di fare, non è fuori di proposito. Il mediatore potrebbe voler far comprendere che altro è assumere direttamente una operazione di banca, ed altro accudire ad una società, confondendosi colla massa dei soci, senza verun incarico amministrativo, e colla parte personalmente inattiva di un capitalista. Noi parliamo dunque non solo di società in nome collettivo, nelle quali il movimento personale è diffuso, per così dire, nei singoli membri, ma eziandio delle accomandite e delle anonime. *La soscrizione di azioni in una qualunque società commerciale* è assolutamente proibita ai pubblici mediatori, come si ammette per tutti gli autori, eccetto forse il Vincent (1).

Ma qui pure la regola vuol essere limitata da ragioni di giustizia. La *soscrizione d'azioni* ha realmente uno scopo di commercio, un oggetto di guadagno derivabile dalla fortuna dell'impresa, e può convertirsi in perdita. Ma la *compra di azioni* è cosa diversa. Si comprano delle azioni come si compra della rendita pubblica per investire ad agio e con una certa sicurezza i nostri capitali. L'agente di cambio non potrà, per assoluto, venire privato di questo mezzo per avvantaggiare il suo particolare patrimonio. Ciò è stato riconosciuto in una notevole decisione della Corte suprema di Francia del 20 gennaio 1843 (2). Ivi si disse che l'impiego fatto dall'agente di cambio A. *devait être considéré comme un placement sérieux;* onde l'indagine va a terminare nella qualità del fatto, nella intenzione d'investire utilmente il proprio danaro, senza viste e proposito di commerciare.

—

192. *Sul terzo periodo dell'articolo* 53.

Questo capoverso non dice la metà di quello che vorrebbe. Di pura origine francese (3), noi gli abbiamo fatto l'onore di conservarlo intatto passando per le diverse nostre legislazioni. Esso è da considerarsi come una continuazione del concetto esposto nei due grammi precedenti. Si vuole allontanare dal pubblico mediatore un commercio di proprio conto. Del resto tutto ciò che è correlativo alla missione di agente di cambio o sensale, è lecito, è permesso dalla legge per necessità logica. Quindi ricevere dal suo cliente il prezzo onde versarlo, come porta la natura del negozio, all'altro contraente, è precisamente nel suo mandato.

Vi ha qui tal cosa di delicato che, diciamolo francamente, il testo non ha saputo esprimere. Si è voluto antivenire persino quella specie di traffico che, nella loro posizione rispettiva, potrebbe prodursi fra il mediatore e il cliente. Il primo non può fare al secondo delle anticipazioni (pagando del proprio gli acquisti) che lo vincolassero a sè in un modo soverchiamente interessato, onde non averne in compenso dei regali, delle partecipazioni utili, delle usure.

(1) Un agente di cambio non può esser nominato *liquidatore d'una società commerciale* (Bordeaux, 9 giugno 1830, Dalloz, *Répert.*, v° *Bourse de commerce*, n° 291; Alauzet, n° 333.

È pure ritenuto che un mediatore pubblico *non potrebbe autorizzare il figlio minore o la moglie al commercio* (Mollot, n° 410).

(2) Sirey, tom. I, pag. 225; Vincens, t. I, p. 558; Dalloz, n° 292; Bédarride, v° *Bourse de commerc.*, n° 417; Alauzet, n° 333.

(3) Articolo 85 di quel Codice di commercio, in fine.

Digitized by Google

Di rincontro, il cliente non può fare col mediatore altra sorta di contratto che quello che nasce dai loro naturali rapporti; non può lasciargli in mano somme a di lui particolare vantaggio: aprirgli, per esempio, un conto corrente. Vi sarebbe in tutto ciò del commercio di banca, sotto una certa forma obliqua e quasi misteriosa, che non si addice alla franca lealtà di tali operazioni.

In questa parte, fra agenti di cambio e sensali di qualsiasi specie, è ben notevole differenza. I sensali si presentano e s'interpongono nell'altrui nome, benchè esercitando una funzione loro propria, non hanno in mano, e può dirsi in potere, i valori negoziabili; non hanno qualità di commissionari come gli agenti di cambio.

193. Come si usi o si abusi di codesta posizione delicata e difficile, è ciò che si vuol vedere nelle seguenti osservazioni.

Rapporti della maggior fiducia corrono fra l'agente di cambio e il suo cliente. Questi gli consegna l'effetto negoziabile, e vale il mandato. Coprendo il bianco col proprio nome, ma per altrui ragione, l'agente di cambio fa un atto legittimo e del suo ufficio; coprendolo per suo particolare interesse, fa un atto indegno e sleale.

L'atto è identico; la intenzione ne costituisce la differenza; il fatto successivo, in quanto ei rimetta al proprietario le somme percette, o se le appropriì, prova la intenzione onesta o colpevole; o prova che la intenzione onesta, adescata dalla vista dell'oro, gli fece fallo.

Ma non si vuole andare tant'oltre; il nostro articolo non va sino a presupporre un delitto. Esso teme che l'ufficio del negoziatore per conto altrui si trasmuti in qualche occasione d'utilità particolare, in un affare personale; perciò non potendosi a meno che danaro sia maneggiato e speso dall'agente di cambio, è d'uopo attribuire ai fatti che ne risultano, un carattere giuridico che non abbia veruna attinenza con una ragione qualunque di commercio, e si discerna eziandio da quella che suole costituirsi da mandante a mandatario negli affari comuni.

Pertanto, rispetto alle somme che riceve dai clienti all'oggetto della negoziazione, l'agente di cambio si reputa piuttosto *depositario* che *mandatario*, onde gli è legalmente inibita qualunque eccezione di compensazione (1). Non pare che ci sia dell'antitesi su tali qualità simultanee (2): il mandato sussiste quanto all'affare che l'agente di cambio non potrebbe trattare senz'averne la facoltà; *il deposito invece è necessario* (3): la somma non è data come a fiduciario semplicemente, ma è consegnata alla carica, al mediatore legale, a colui che tante volte non deve comparire nel negozio che nel proprio nome.

Se potesse mai l'agente di cambio compensarsi a suo arbitrio di altri crediti, che vogliamo supporre liquidi e certi, sulle somme che riceve per acquistare cartelle pubbliche, valori industriali, lettere di cambio, egli porrebbe, com'è evidente, l'ufficio suo a servigio del suo personale interesse; sarebbe equivalente al dire che l'agente di cambio può prestare o ricusare il suo ufficio secondo gli è consigliato da questo suo medesimo interesse. Col qual fatto non si offenderebbe precisamente il disposto dell'articolo 53, perchè invece del vietato accordo commerciale si avrebbe il rifiuto del mandato e la lite; l'agente di cambio mancherebbe al dovere impostogli quale pubblico mediatore dall'articolo 43.

Tanto è positivo che l'agente di cambio non ha verun diritto reale esercibile per crediti suoi particolari sulle somme che gli vengono fornite dai clienti o per conto dei clienti (4), che dalla Corte di Parigi, nel 24 maggio 1836 (*Journal du Palais*, anno 1859, p. 582, note), venne deciso che caduta in fallimento la persona a conto della quale riscosse il danaro, egli deve ridarlo alla massa, nè potrebbe ritenerselo a compensazione di altri suoi crediti, neppure di fronte al fallimento.

Segue da tutto ciò ben chiaramente l'obbligo di render conto come qualunque altro gestore e mandatario (5).

194. L'agente di cambio manca slealmente alla fede di cui deve far professione, sia che consegni il recapito girabile al terzo acquirente ritirando il prezzo e a sè appropriandolo; sia cedendo lo stesso recapito al terzo

(1) Articolo 1860 del Codice civile. Corte di Parigi, 7 maggio 1832 (*Journal du Palais*, 1833, t. II, pag. 21); ALAUZET, nº 324; GOUJET-MERGÉ, *Diction. comm.*, vº *Agent de change*.

(2) Checchè sembri al DALLOZ, *Répert.*, vº *Bourse de commerce*, nº 314.

(3) Giusta osservazione di ALAUZET al luogo suddetto.

(4) Vedi però le osservazioni all'articolo 73.

(5) La rimessa fatta dall'agente di cambio al cliente in seguito della operazione non costituisce una resa di conto; dicesi un regolamento provvisorio: è sempre in facoltà della parte di verificarne la fedeltà sopra i *bordereaux*, le note ed altri documenti opportuni. (Nota alla decisione Garis, 4 febbraio 1865, *Journal du Palais*, pag. 205).

Digitized by Google

colla intenzione e l'accordo di pagare un debito proprio.

La posizione però del terzo in faccia al diritto è assai diversa. Poichè il possesso del recapito valeva all'agente di cambio il mandato del suo cliente (*V.* sopra, n° 193), chi acquistava da lui pagando il prezzo, si trovava fuori d'impegno e in perfetta regola di fronte alla legge.

Se però il terzo non pagasse il prezzo avendo ricevuto l'effettto commerciale per soddisfarsi di un credito suo particolare verso l'agente di cambio, si direbbe complice della trufferia del mediatore, non potendo ignorare la sua qualità legale e l'abuso ch'egli faceva di un titolo negoziabile (1). E senza volerlo complice di una truffa, prescindendo dal dolo del terzo, e osservando la questione di diritto rispetto al proprietario, questi dirà con ragione che la consegna del recapito *ad negotiandum* provava un mandato e null'altro; che l'agente di cambio poteva bensì trasferirne ad altri la proprietà, ma facendo un negoziato qualunque per conto e nell'interesse dello stesso mandante, col dare cioè esaurimento al mandato e non appropriandosi il recapito; che cedendolo ad altri per soddisfare un debito proprio, in sostanza l'agente di cambio si è appropriato l'effetto. Dato in ipotesi che il terzo possa credersi in buona fede, egli assegnatario, non diverso in ciò da un donatario, per solo fatto e volontà dell'agente di cambio, senza avere sborsato il prezzo, non può essere tutelato da quel principio che favorisce per l'interesse del commercio gli acquisti dei terzi commercianti fatti a titolo oneroso dai commissionari legali (2). Mancherebbe il titolo valido all'acquisto per sostenersi contro il proprietario che reclamasse la restituzione del recapito come non mai partito dal suo dominio, perchè egli non ne fece già un dono all'agente di cambio, e l'appropriazione indebita di costui non poteva valere titolo legittimo per sè, nè per altri (3).

195. Esaminata quella parte dell'articolo che riguarda i *pagamenti ricevuti*, veggasi quella relativa ai pagamenti che l'agente di cambio *può aver fatti* nell'interesse del suo committente, a lui o per lui.

E pare veramente in opposizione al testo; ma osservai di sopra (n° 192) come per necessità delle cose fosse necessario leggervi dentro ciò che non v'era scritto. Un agente di cambio riceve da una Casa primaria di Londra la commissione di acquistare dei valori sulla piazza di Genova, che è nel di lui esercizio; la cosa è urgente: l'occasione si presenta immediata, istantanea, ad eccellenti affari; l'agente di cambio non può avere un secondo fine, quello d'intromettersi destramente nel commercio della Casa: egli non ha in mira che di rispondere degnamente alla fiducia e di fare del suo meglio. Anticipa le somme. È forse questa una evenienza rara; e sopratutto è questa un'azione illecita? Con tutto il rispetto che è dovuto al senso letterale della legge, la giurisprudenza non ne ha mai dubitato. Invece ha regolate cotali combinazioni su norme giuridiche.

Si è trovato giusto che l'agente di cambio si ritenga i titoli che nella sua veste di commissionario ha acquistati alla borsa, sino al rimborso del prezzo d'acquisto (Cassazione francese, 8 novembre 1854; MOLLOT, *Bourse de commerce*, 3ª edizione, nⁱ 601, 602).

Si è detto di più dalla giurisprudenza. Che, eseguito con danaro proprio l'ordine di acquistare titoli al portatore, l'agente di cambio può farli rivendere alla borsa ad oggetto di indennizzarsi (Corte di Rennes, 24 agosto 1859, *Journal du Palais*, 1860, p. 856).

Ciò che non si permette si è di trattenersi i valori acquistati *per causa di spese anticipate* (4).

E per finire il discorso. La dizione — *non poter ricevere nè fare pagamenti per conto dei loro committenti* — s'intende colla riserva — *che non abbiano relazione coll'esercizio della mediatoria e alla sua esecuzione.* E in termini generali, in un punto di vista apprezzabile dai

(1) Secondo BÉDARRIDE, vº *Bourse de commerce*, nº 237. Ciò dovrebbe dipendere dalle circostanze del fatto, nè si potrebbe darne un giudizio *a priori*. Il ch. autore si fonda specialmente in questo riflesso. Io ho già detto che non può formarsene una base teorica; ma vengo ad altri che mi portano alla stessa conclusione.

(2) Vedi i nostri num. 183, 184, 185.

(3) Ecco la conclusione di BÉDARRIDE, nella quale m'accordo benchè per ragioni diverse: « Il faut « donc dire, avec la Cour de Lyon (25 marzo 1811), « que la remise qu'un agent de change, qui a reçu « des billets à l'ordre pour en opérer la négocia« tion, ferait de ces billets à un tiers, n'en trans« mettrait la propriété à celui ci qu'autant qu'il « en aurait forni la valeur; que en conséquence « si cette remise a eu lieu en compte courant, « et en payement de la dette de l'agent de change, « celui à qui elle a été fait ne saurait s'en appli« quer le bénéfice ».

(4) Su questo punto vedremo la dottrina rapporto ai commissionari propriamente detti.

giudici del fatto nella questione d'incompatibilità, s'intende non potere il mediatore operare come farebbe il commerciante libero per conto proprio (1); e se gli si permette di spendere danaro nell'interesse del committente per la necessità della contrattazione, debba regolarsi in guisa che il fatto suo non tenda ad obbligarlo oltre i limiti stretti e legali della mediazione, vagheggiando lucri e speranze aliene alla sua professione di mediatore.

—

196. *Sull'ultima parte dell'articolo.*

Le leggi francesi del 21 aprile e 8 maggio 1791 proibivano agli agenti di cambio di negoziare effetti commerciali per gli sconosciuti o per tali che non avessero un domicilio, sotto pena dell'emenda dei danni e della destituzione. Proibivano inoltre di negoziare effetti spettanti a persone *delle quali fosse conosciuto il fallimento*, colla minaccia di una multa di 3000 fr. e della destituzione (2).

Codeste disposizioni non entrarono nel Codice di commercio. Ma erano ben molte quelle che ne stavano fuori e si ritenevano tuttavia in vigore. Nacque dubbio però se la prima dovesse ancora sussistere dopo il Codice. DALLOZ, per esempio (*Bourse de commerce*, n° 362), lo negava; affermavalo MOLLOT (n° 435). A noi poco interessa; quanto però all'intrinseco della disposizione ci sia lecito dire che le sue viste erano meschine; che non potevano essere ispirate che da un concetto molto limitato dell'azione commerciale. Essa non fu riprodotta, o, meglio, fu rifiutata dai nostri legislatori.

L'altra fu accettata e ricomparve negli stessi termini all'art. 91 del Codice di commercio sardo (3) e nell'attuale. Possono sorgerne due questioni che trascorriamo brevemente.

Che s'intende per fallimento *conosciuto?* Forse il fallimento dichiarato per sentenza del tribunale di commercio?

Così insegna la dottrina francese (4). Io non converrei in questa soluzione, in ordine almeno al Codice nostro. La legge avrebbe potuto e avrebbe dovuto dire *fallimento dichiarato*, anzichè *fallimento conosciuto*. Per l'articolo 543 il fallimento del commerciante consiste *nella cessazione dei suoi pagamenti*. La *dichiarazione* è il cominciamento e l'apertura del processo relativo. Non è essenziale alla posizione di fallito; tanto è vero che i fatti dannosi al conserto creditorio sono colpiti anche in tempo anteriore, in tempo che risale appunto alla cessazione dei pagamenti. Un commerciante, sia di poca levata, non fallisce mai *in abscondito;* egli offende tanti interessi che tutti si alzano a gridare contro di lui. La legge poi si dirige a chi? Ai pubblici mediatori, agli uomini che più vivono nell'atmosfera del commercio e non respirano che in essa: un fallimento è un fatto complesso che non può ad essi sfuggire. Ciononostante la legge prudente non li condanna, per dir così, senz'ascoltarli. Sarà presunzione che ad essi sia noto il fallimento: ma sarà la presunzione dell'uomo, non della legge. Io adunque penso che fermata la cognizione del fallimento (5), venga applicabile l'ultima parte dell'art. 53, eziandio non essendo *dichiarato*.

La seconda questione riguarda gli effetti giuridici di questa medesima proibizione.

Noi veniamo trascorrendo un vero regolamento disciplinare che modera, a penalità determinate, l'azione del mediatore, ma non ha influenza rispetto ai terzi se non quanto il fatto loro cada sotto le disposizioni della legge generale. E lo abbiamo chiarito in diversi esempi. Ammesso che il pubblico mediatore violi, quanto a sè, la particolar legge che lo governa, negoziando recapiti di un fallito, *conosciuto tale*, da lui, s'intende, non perciò la negoziazione è invalida, rimpetto al terzo, in virtù di questa legge: lo potrà essere invece per un'altra legge. Ciò che è noto al mediatore può essere perfettamente ignoto al terzo; egli acquisterà in buona fede, e più la sua coscienza sarà tranquilla acquistando da un funzionario che non si può mai presumere voler contravvenire alla legge. Così quanto si aggraverà la costui responsabilità verso la legge disciplinare, l'altro sarà più scusato verso la legge generale. Il terzo pertanto non risponderà del fatto proprio che in relazione e secondo le norme statuite dall'articolo 555.

(1) Dispiace il dover così forzare la lettera, e stabilire che *per conto di committenti* non significhi se non *per conto proprio;* ma non si è avverato mai più completamente il principio, *scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem.*

(2) Vi si aggiunse il Decreto del 27 pratile, an. X, art. 18.

(3) Le Regie Costituzioni del 1770 non ne facevano parola.

(4) MOLLOT, n° 433; DALLOZ, n° 276; ALAUZET, *Comment.*, n° 319.

(5) Che potrebbe anche non essere notorio, cioè di pubblica cognizione, ma essere o dover esser noto al mediatore.

Articolo 54.

I pubblici mediatori non possono rendersi garanti dell'esecuzione dei contratti fatti col loro ministero.

197. *Il divieto non è che un ultimo portato delle discipline precedenti.*
198. *Come il presente articolo non deroghi al principio della responsabilità del pubblico mediatore quanto agli affari da lui trattati. Si spiega una pericolosa teoria francese rispetto alle responsabilità personali che si vorrebbero dedurre dal modo di firmare le cessioni di azioni industriali per conto di terzi.*

197. Questo precetto è il complemento della nozione — *separazione totale dell'interesse del mediatore da quello del commerciante.* Domina sempre il concetto segnalato altrove (numero 189). Quale campo di speculazioni, e insieme quali distrazioni, quali pericoli non ne sarebbero la conseguenza! Permettere di prestare garanzia dei contratti composti o da comporsi col loro intervento, sarebbe concedere tutto ad un tratto ciò che si è venuto singolarmente negando e divietando ai pubblici mediatori (1).

198. Anche questa legge ha per così dire i suoi sottintesi che il commento deve mettere in rilievo. Come mai un agente di cambio sarebbe inibito dal garantire i negozi che per mezzo suo si commettono, s'egli suole trattarli in proprio nome, senza svelare quello dei suoi committenti, e colla più decisa responsabilità dell'effetto verso il coagente e le parti? (2). Attesta Alauzet degli agenti di cambio a Parigi (*Commentaire*, n° 328) essere usanza nelle negoziazioni di azioni industriali, come sarebbero quelle delle strade ferrate, di comprarle in proprio nome, e in seguito di trasmetterle ai loro committenti. In ciò non vi ha nulla che ripugni alla loro qualità e ufficio, e che non sia molto comune. Ora una massima di estrema gravità fu stabilita dalla Corte di Parigi (8 marzo 1850, Sirey, t. L, 2, 311), che in tal caso gli agenti di cambio si trovano personalmente vincolati agli statuti della società; quindi solidariamente responsabili, insieme ai loro clienti (cessionari), dei futuri versamenti, ove sia così ordinato negli statuti medesimi. La loro qualità di pubblici ufficiali non costituisce a loro favore un privilegio che non è scritto, se, invece di procedere al trasporto nella suddetta loro qualità, abbiano sottoscritto la girata e fatta la nomina (che è più esatto) nel loro nome personale, e quasi per proprio conto.

L'illustre autore che ci erudisce di questa importante decisione non vi spende intorno il menomo appunto. Vi è però qualche cosa che non si comprende. Senza dubbio in commercio molti sono i casi nei quali il modo della sottoscrizione è diversamente impegnativo. Ma quando chi trattò e concluse l'affare è investito della funzione di pubblico mediatore, tutto quanto egli faccia, tenendosi nella sfera che gli è assegnata dalla legge, non può presumersi che fatto in tale qualità. Le azioni industriali comprate in nome proprio dall'agente di cambio alla borsa è ben necessario che escano da lui, e si trasferiscano ostensibilmente ai suoi committenti. Ciò è un dovere della sua posizione, è una necessità perch'egli solo può farlo. A quai giudici adunque può venir in mente di considerare l'agente di cambio quale un garante ed obbligato solidale, per tutte le conseguenze del contratto, anche le più remote; quale insomma un contraente in nome e nell'interesse proprio, responsabile e verso i cessionari e verso la società, solo perchè trascurò di firmarsi, egli agente di cambio, con questa sua qualificazione? Confesso che io ne rimango sorpreso. Per verità i commercianti che leggono giornalmente il loro nome su per le pareti del recinto commerciale, e lo

(1) E lo si vide nella esperienza dopo il Decreto 27 pratile, anno X, che permetteva agli agenti di cambio *de donner leur aval pour les effets de commerce.*

Niuna distinzione fra l'uno o l'altro modo di garanzia è possibile. Bédarride, nel suo trattato *Del dolo e della frode*, stimò poter affermare che *lo star del credere* fosse permesso ai sensali. Nel successivo suo lavoro sulla Borsa di commercio con quella lealtà che caratterizza gl'ingegni superiori, condannò quella sua opinione (n° 431).

(2) Vedi i nostri numeri 157, 158, 178, 179, 180 e seguenti.

Digitized by Google

vedono in tale qualità operare, non potrebbero fingere di essere caduti in qualche inganno! Si conviene che l'agente di cambio, deposta la sua qualità, e diportandosi evidentemente quale in negozio proprio, si obbligherebbe come un altro, e non potrebbe ricoprire la sua responsabilità sotto il manto di verun privilegio. Ma ciò non può essere per presunzione mai, nè per una induzione dal fatto negativo di non aver firmato nella qualità di agente di cambio; dovrebbe risultare da prova manifesta, evidentissima: violatore convinto della inibizione legale, troverebbe forse dietro sè la destituzione dall'ufficio, ma le sue obbligazioni starebbero e siamo d'accordo. Ed è appunto in vista della gravità di tali conseguenze che non bisogna slanciarsi nella ipotesi della contravvenzione, prima che sia verificata, nè, secondo me, basterebbe a verificare la contravvenzione il vedersi soscritta la cessione come fatta *da compratore per proprio conto*. L'agente di cambio, commissionario, suol fare gli acquisti alla borsa *per proprio conto*, come si è detto tante volte; e neppure una inesattezza di espressione potrebbe tanto esizialmente interpretarsi ove non apparisse eziandio ch'egli per la sua cessione, accompagnata da reale promessa di garanzia, riscuotesse dal cessionario un corrispettivo.

La garanzia che i pubblici mediatori non possono prestare, è quella ch'essi presterebbero quali addietti, affissi, e compartecipi del contratto; e non già quella ch'essi prestano per debito d'ufficio quali garanti di se stessi e della propria operazione. Ed è già cosa molto grave e perigliosa; ma il mediatore sa prendere le sue precauzioni; si fa dare i fondi; od ha un diretto e solido rilevatario; o proferitone il nome, sfugge alle altre conseguenze. Rispettando la sua missione legale, operando con lealtà, con prudenza, è protetto dalla legge; e non risponde più oltre dell'esito dell'affare (1); e non assume eventualità escogitate per altri, con o senza interesse proprio, ma porta quelle sole responsabilità che sono circoscritte dalla sua funzione.

Articolo 55.

È vietato ai pubblici mediatori di riunirsi in società per l'esercizio della mediazione.

Queste società sono nulle.

È però lecito ai pubblici mediatori di riunirsi per il detto esercizio in società speciali, purchè siano pubbliche, e niuna di esse ecceda il numero di tre soci e in nessun caso il terzo degli esercenti nel Comune ove sono formate.

Non sono comprese in queste disposizioni le società tra fratelli e i loro figli.

199. *Ragione generale in cui si fonda la regola proibitiva.*

200. *Cenno di vive questioni sorte in Francia, derivate dalla incongrua proprietà e venalità dell'ufficio, distinto dall'esercizio della funzione.*

201. *La nostra legge, nel suo spirito e anche un poco nella sua lettera, comprende ogni rapporto sociale, eziandio coi terzi.*

202. *Del diritto di riunione concesso ai pubblici mediatori: conformità coi principii della libertà costituzionale. Rimuove ogni idea di compartecipazione economica secondo l'indole delle società contrattuali.*

203. *Sull'ultimo capoverso — non essere colpite dalla inibizione le società di famiglia:*
- a) *Ricerca sulle persone che possono farvi parte;*
- b) *Attinenze col diritto di comunione universale fra' coniugi;*
- c) *Oggetto che può applicarsi a tal genere di società anormale;*
- d) *La società sarebbe non commerciale, ma civile.*

---

199. Ecco una importazione dell'attuale Codice di commercio; nuova in quanto nè il francese, nè il piemontese la contenevano: non ignota però alle legislazioni positive, avendo l'articolo 10 del Decreto di pratile, anno X, stanziato che gli agenti di cambio e

(1) Leg. 2 Dig. de proxenet.; Stracca, *De proxenet.*, part. III, nº 1, 2, 3, 6, 7 e 26.

Digitized by Google

sensali non potrebbero *faire une société entre eux*. La nostra formula è alquanto più comprensiva, e se non del tutto perfetta, dovrebbe giovare, anche nella sua lettera, a tor via questioni che quella legge non aveva potuto sottrarre alla polemica ingegnosa dei giureconsulti. Essa è tolta dall'articolo 12 della Legge del 1854.

Vero è che tali questioni non erano propriamente il prodotto, per così dire, di una legge difettosa, ma si propagavano nel concorso di altre leggi e consuetudini condannate dalla ragione; di guisa che dovendo coesistere colle altre leggi sagge e buone, gettavano sovr'esse la nociva loro ombra, e ne oscuravano la chiarezza.

L'azione individuale dei pubblici mediatori è una delle condizioni essenziali al loro istituto; essi non trattano gli affari propri, ma gli affari altrui; li rappresentano successivamente e separatamente; non vi ha nesso, attinenza, correlazione fra gli uni e gli altri; e non vi può essere; oggi s'interessano per un compratore, domani questo compratore, per mezzo dello stesso agente, rivende gli effetti medesimi; codesti interessi possono complicarsi fra i proprietari e commercianti, ma rimangono semplici, distinti, isolati sul libro del mediatore; ivi stanno in deposito, nascosti alla indiscreta curiosità del pubblico; infine il mediatore deve considerarsi, a questo rispetto, la persona stessa del contraente. Se per gravissimi motivi si sono creati siffatti intermediari, non è lecito ad essi di essere meno prudenti, meno cauti e riservati dei proprietari medesimi; associare agli affari altrui la cognizione e l'interesse di estranei, sarebbe una manifesta perversione dell'ufficio loro; di più: un controsenso.

200. Tuttociò s'intende facilmente. Donde nacquero le questioni francesi? I pubblici mediatori, si diceva, non possono fare società *tra loro:* accordato: ma quale difficoltà che un agente di cambio, per esempio, non possa unirsi in società *con dei terzi* per condividere il *profitto della carica?* Prego di rimarcare questa parola, perchè ivi consiste il nucleo della controversia (1).

Dove mai si trova la radice di una discussione che separa tanti valent'uomini, consumati nella scienza? È l'assurda distinzione che si fa in Francia *tra l'uffizio e la funzione;* tra la carica in se stessa e l'esercizio. La Legge del 1816 la rese possibile; quelle del 21 aprile 1832 e 25 giugno 1841 in certo modo la giustificarono. Quest'ultima stabiliva l'ufficio essere *proprietà del titolare;* se ne ammetteva la venalità e la cessibilità, e il diritto di presentazione del successore (2).

Ciò che è incomunicabile, personale, indivisibile, diceva Mollot, *è il titolo*, non *la proprietà dell'ufficio*, che è un bene patrimoniale, passa agli eredi, agli aventi causa; si possiede in comune. È questa proprietà che, secondo Mollot e la sua scuola, forma la materia sociale. Se dei benefizi, dei vantaggi materiali si attaccano all'ufficio, considerato come fondo sociale, costituiscono mano mano un patrimonio: il titolare può chiamarsi il gerente legale della società « Ce qui constitue les sociétés « d'agents de change c'est le besoin d'acheter « et de payer la charge avec un fond social » (n° 403).

Dove andasse a battere una tale dottrina, ognuno sel vede. Essa preparava un alimento costante e perenne alla venalità degli uffici. Basterebbe adunque per noi il dire che la illegalità del mezzo è dimostrata dalla illegalità del fine. Ma eziandio sugli appoggi della giurisprudenza francese, questa opinione è stata decisamente schiacciata dai suoi avversari.

Se ne rimane convinti leggendo le osservazioni di Delangle, tratte dalla intrinseca natura della costituzione sociale; quelle di Duvergier e di Troplong, che si elevano anche a viste più generali; mostrano che l'ufficio o la carica, che voglia dirsi, si confonde colla funzione; che il volerne fare delle nozioni giuridicamente od economicamente distinte, è assurdo; che si riuscirebbe alla confusione, alla *cabala*, al pervertimento totale della istituzione.

La giurisprudenza venne recando a una dottrina sì morale e sì vera l'autorevole suffragio di più esempi (3). Ma i corpi morali non sono identici; non hanno perfetta coscienza di se stessi. La Corte di Parigi mutò sentenza nel 15 giugno 1850; si avvolse nelle nebulose di-

(1) La opinione negativa è difesa da Duvergier (*Des sociétés*, n° 59 e seg.); Delangle (*Des sociétés*, n° 108 e seg.); Troplong (*Des sociétés*, n° 93), e Bédarride da ultimo (n° 419 e seg.). Sostengono l'affermativa Frémery, Horson, Dalloz e Mollot (*De Bourse de commerce*, n° 415, ecc.).

(2) Vedi le nostre osservazioni ai num. 127, 128.

(3) Si citano una decisione del 1838 della Corte di Parigi, onorata del rigetto del ricorso portato alla Corte suprema del 24 agosto 1841 (*Journal du Palais*, t. I, p. 445); di un'altra della Corte di Parigi del 17 luglio 1843 (Sirey, t. II, p. 369). In questa si bandiva ogni società di tal genere essere radicalmente nulla, come contraria all'ordine pubblico.

Digitized by Google

stinzioni di Mollot; gli autori per altro ci attestano che dopo quel tempo le idee del fòro hanno fatto onorevole ritorno ai primi concetti.

201. Noi abbiamo la legge; non abbiamo negli sviamenti delle consuetudini quella tentazione a cui cedono talvolta anche le più robuste intelligenze; d'altronde, parlandosi in genere di società *per l'esercizio della mediazione*, sembra essersi abbracciato ogni rapporto non solo dei mediatori pubblici fra loro, ma eziandio coi terzi. Non nego che due parole aggiunte a maggior chiarezza non si sarebbero spese male. Una *società di mediatori* ha già tanti inconvenienti che bisogna rinunziare a descriverli. Nè sarebbero minori se il mediatore, isolandosi dai suoi colleghi, ponesse dei terzi a parte dei suoi guadagni; se non che potrebbe allegare che la sua posizione è dispendiosa; ch'egli non potrebbe sostenerla senza gli altrui capitali; che quella libertà che a tutti è concessa di appoggiarsi ai capitali di un'associazione per meglio sostenere gli assunti propri, non gli dev'essere negata; che al postutto sarebbe d'uopo opporgli un testo preciso di legge. Ecco perchè io avrei desiderato una parolina di più nel testo. Ma poi, dato che a tale esercizio si richieggano dei capitali (il che non pare), il mediatore pubblico non cessa di essere un proprietario; può valersi di qualche sovvenzione; ma il sovventore deve contentarsi di essere un creditore di lui, nè intromettersi nell'intimo degli affari della mediazione.

La legge ci avverte che tali *società sono nulle*. E fece bene a dirlo, poichè la proibizione dell'art. 53 (capoverso 1°) non bastava. Ivi il divieto è d'ordine disciplinare: il sig. *N.*, agente di cambio, si obbliga socialmente e commercialmente, ma è multato o anche privato dell'uffizio. Taluno avrebbe tentato di sfuggire all'applicazione di quel testo, coll'addurre che la società nel presente caso dovrebbe giudicarsi *civile*, anzichè *commerciale*. Ma non c'è via di scampo da una sanzione generale come quella dell'articolo 55, che non si arresta a definire il carattere della società, ma, quanto all'oggetto indicato, la condanna in una maniera assoluta.

202. Ora cerchiamo di penetrare nello spirito della parte seconda della legge, che per la sua novità e per certe difficoltà intrinseche, merita particolari avvertenze.

L'associazione nei paesi liberi è un diritto a tutti quelli che esercitano un'arte, una professione, una scienza. Si tratta di mettersi in relazione immediata sui principii e sulle cognizioni di men facile accesso, e che non si apprendono mai così bene come nell'attrito delle discussioni; si tratta ancora degli interessi di classe, dei diritti, degli onesti e legittimi desiderii da proporsi a chi spetta il risolverne; degli affari di convenienza comune. È questa forse una eccezione al severo disposto messo in fronte all'articolo — *le società sono nulle?* No davvero; qui si accenna semplicemente al *diritto di riunione* che in generale lo Statuto ci guarentisce; il quale diritto, aggiungo, avrebbe potuto sostenersi non abolito dal primo periodo dell'articolo 55.

In generale i nostri Codici sono inspirati dall'idea di libertà; e lo è pure il Codice di commercio; ma non è in questo capitolo che bisogna cercare la manifestazione di tali principii; o piuttosto non è in un regolamento diretto a prevenire o comprimere abusi che bisogna cercarla (1). Io sono anche nel credere, che il saggio legislatore abbia voluto ovviare a degli equivoci, ponendo a fianco del suo terribile divieto questo lenimento della libertà statutaria e generale: affinchè dal divieto della società non si facesse illogica inferenza a quello del diritto di riunione. Senza escludere questo motivo, io penso che il principale oggetto della legge sia stato quello di limitarlo.

È lecito riunirsi in società per l'esercizio della mediazione. Riunirsi in società equivale forse al formare una società nel senso che i codici attribuiscono a questa espressione? Niuno vorrà ammetterlo. La società è un contratto, un complesso di fatti giuridici, e non una *riunione personale.* Si è detto *società* in luogo di associazione per trattare o discutere interessi comuni; ma interessi di classe, non d'individui; come si associano gli operai, non per fare dei contratti fra loro, ma ad uno scopo morale e comune (2). Colla sola differenza, che il diritto di riunione per gli operai, e similmente per ogni altro ordine di cittadini, è illimitato quanto al numero: e qui il numero è ristretto, e tali società sono appellate *speciali.*

L'oggetto di codeste riunioni, perchè stia in rapporto colla legge, è *l'esercizio della me-*

(1) Mi esprimo, non impropriamente, così: quantunque sia nelle mie idee fondamentali sulla libertà, altrove spiegate (*Trattato dell'azione penale*), che ogni repressione, ogni penalità, conferisca allo sviluppo della libertà generale.

(2) O politico. La similitudine non corre fin là: non è colla veste di mediatori d'affari che si viene a declamare la politica.

Digitized

diazione. Pertanto ogni idea di compartecipazione economica è completamente rimossa; la proibizione generale rimane inflessibile. Le adunanze devono esser pubbliche, perchè si sappia bene da tutti cosa fanno e cosa vogliono fare questi mediatori. Ivi per certo non potranno rivelarsi gli affari dei privati, o negoziare i prodotti dell'esercizio: ma una legge così accentata, se mi permettete una frase di uso, nel rispetto della pubblicità, significa ben chiaramente che neppure in tre sarebbe lecito convenire *privatamente* senza destare dei sospetti che potrebbero anche tradursi in gravi ammonizioni, o in qualche conseguenza più disgustosa.

Singolare un'assemblea composta di tre individui che vengono a dare spettacolo di sè al pubblico che concorre a sentirli dissertare sui doveri, sui privilegi e sugli interessi di casta, isolatamente dai loro colleghi che potranno al più confondersi fra gli spettatori! Un altro giorno tre altri soci faranno qualcosa di simile, ma probabilmente in una sala diversa, onde non rassembri ad una continuazione della stessa adunanza. Una parte però non minore dei due terzi del consorzio degli esercenti deve astenersi; nè potranno farsi rappresentare dai colleghi nelle loro ristrette adunanze, mentre allora in effetto vi prenderebbero parte. Mi dispiace di fare un rimarco; questa legge, se non si sapesse da quali uomini deriva, si direbbe creata in una delle epoche ombrose dell'assolutismo. Si comprende che sotto la impressione del pericolo del monopolio, o di associazioni dannose all'interesse del commercio, abbia potuto temersi un'azione collettiva; e siasi cercato dividere piuttosto e scindere le opinioni che di avvalorarle colla unione. A me sembra che la pubblicità fosse assai potente guarentigia contro tali dubbietà e sospetti. Si sarebbe fatto bene ad esprimere che non si potrebbero trattare che degli interessi generali: avrei omesse le parole *società* e *soci*, che fanno un certo equivoco nella dizione; doveva emergerne l'idea di un congresso ideale, di un'accademia. Tali adunanze non si faranno mai: ecco tutto. Ma se possono giovare, siano pubbliche, ma libere e comuni; ogni individuo della classe possa dire la sua parola; unico modo di renderle interessanti, proficue, morali; la libertà insomma sia concessa intera, aperta, fiduciosa come quella che lo Statuto concede, e non facciamo delle eccezioni (1).

203. *Non sono comprese in queste disposizioni le società tra i fratelli ed i loro figli.*

Io intendo, dirò così, la giustizia intrinseca di questa legge: sfortunatamente tiene un poco del vago, che è il carattere del secondo periodo dell'articolo 55.

Riunirsi in società per l'esercizio della mediazione, secondo l'articolo si esprime nelle prime parole, è da noi spiegato, e non può essere altrimenti, siccome la proibizione di una vera e propria società contrattuale all'oggetto di mettere in comune gli affari della mediazione, dividerne i lucri, equilibrarne le perdite.

È però lecito, segue l'articolo; e questo io ritenni significare, *non che una società di simil genere* fosse permessa in proporzioni più ristrette fra alcuni individui, e non fra tutti, ma piuttosto non doversene argomentare che fosse perciò vietato il diritto di riunione in adunanze pubbliche, cosa che non può mai convenire a quelle private e subdole negoziazioni contro le quali impreca giustamente la legge. Si entrava perciò in un diverso ordine d'idee. Nell'ultimo capoverso si ritorna al concetto della società privata e propria, quantunque motivata da circostanze peculiari di affinità e di famiglia.

Ma una tale società di famiglia cosa sarebbe, quando sarebbe, e a quali effetti?

a) Si parla di società *tra fratelli e i loro figli*: dubbio sulle persone e qualità dei soci compresi in questo che potrebbe chiamarsi un privilegio. Forsechè la legge suppone due fratelli esercenti la mediazione, e quindi li abilita a comunicarsi i loro affari segreti; ovvero è lecito ad un mediatore pubblico che ha dei fratelli o dei figli, addetti a tutt'altra professione, associarli nonostante al profitto del suo esercizio?

La legge non parlando che *delle persone e non delle qualità*, sembra non volere altra condizione che la parentela.

È solamente tra il fratello e i figli del fra-

(1) Io credo che una delle cause, se non la principale, di restringere il diritto di associazione sia stata quella di non risvegliare lo spirito di *corporazione*, rimproverato ai sistemi anteriori alla moderna legislazione commerciale, come fu per noi ricordato nei primi numeri delle *Idee generali*; con che si giovava piuttosto alla divisione delle caste, al monopolio di classe, che al regolare esercizio della libertà. Loderei la intenzione; ma noi troviamo nei nostri principii che lo spirito sempre biasimevole di consorteria, o con quale altro nome voglia chiamarsi, non allligna e non si sviluppa nel campo fecondo della pubblicità, che se non è la stessa libertà, ne caratterizza l'esercizio; e non è alla luce del sole che l'interesse particolare trama le sue congiure contro il bene pubblico.

Digitized by Google

tello, se questi mancò, che una tale società può contrarsi; o i figli di fratelli, i cugini, morti i genitori rispettivi, possono essi pure unirsi in società, se taluno di essi eserciti la mediazione?

Noi siamo già entrati nel terzo o quarto grado dell'ordine collaterale. Ma io professo un principio che voglio estesamente applicare in questa interpretazione: il principio della libertà civile di associarsi. E poichè le parole della legge non trovo ripugnanti, adotto la seconda conclusione.

b) Uscendo dalle parole testuali, si rimane forse fedeli allo spirito della legge, soggiungendo, che il prodotto della mediazione ricade nella comunione universale degli utili a senso dell'articolo 1443 del Codice civile?

Giova preoccuparsi di questa combinazione. Il risultato però è reso facile dall'articolo 1436 del suddetto Codice, che fra gli utili comuni indica quelli derivati dalla *industria* rispettiva. La comunione appartiene al genere *società*, e qui si tratta di comunione convenzionale, formata per volontà dei coniugi nel contratto di matrimonio (1). Tanto meno si potrebbe escludere la materiale partecipazione degli utili della mediazione, in quanto la gerenza e l'amministrazione rimane di diritto affidata al marito, nè la moglie vi pretende ingerenza; e soltanto in circostanze di risoluzione dello stato di comunione, nelle varie contingenze designate dalla legge, la moglie o i suoi eredi potranno penetrare, per così esprimermi, nei segreti dell'amministrazione, disturbando in certo modo la suscettibilità dei terzi. Del resto è là l'articolo 25 per dichiararci che in tali casi è *de jure* la comunicazione dei libri (2).

Concludo con un dilemma. O la comunione fra' coniugi si considera come *una società*, cadendo perciò nella generale abolizione dell'articolo 55, il prodotto della mediazione deve tuttavia esservi compreso, e per una ragionevole estensione dell'ultimo capoverso dell'articolo, e per la sussistenza non punto derogata da questo articolo, delle disposizioni degli articoli 1433 e 1436 del Codice civile. O non si considera come una società, nello speciale ordine d'idee che l'articolo 55 ha in vista, e non è di quelle che gli facciano ombra od ostacolo, allora è manifesto che la legge commerciale non modifica, neppure apparentemente, la disposizione del suddetto articolo 1436.

c) Lasciata la comunione coniugale, società *sui generis*, di quale natura sono le *società* mentovate nell'ultimo capoverso dell'articolo 55? E primieramente del loro oggetto.

Non potendosi l'ultimo disgiungere dal primo periodo, chè devono ritenersi parti dello stesso concetto, convien dire che queste tali società se non sono costituite *per l'esercizio della mediazione*, che parrebbe una dizione alquanto inadeguata, hanno per materia la mediazione stessa veduta come una industria che rende lucri e profitti, ben anco cospicui e doviziosi, nei grandi centri di commercio. Sembra dunque che la legge, rimettendo del suo rigore, dica a quei parenti; voi potete porre in comune dei capitali per sostenere con maggior forza e credito l'industria della mediazione: l'esercizio rimane sempre al gerente di questa società anomala, al pubblico mediatore autorizzato; ma dietro a lui possono stare i suoi figli o fratelli per dargli appoggio, dividendo con un temperamento corrispettivo da combinarsi, i profitti della impresa. Questo mi sembra il succo, la importanza della nuova legge, o si riguardi come una concessione, e quindi eccezione del principio proibitivo; o si riguardi come un ritorno, quantunque limitato, al diritto comune. Il legislatore vi troverebbe un grandissimo inconveniente, se questa facoltà fosse estesa a tutto il mondo, per dirlo alla francese; ma o crede giustificato l'appoggio che il mediatore viene cercando nelle risorse della propria famiglia; o stima essere conforme alle naturali relazioni dell'esercente ch'egli chiami i più stretti parenti a parte dei suoi guadagni, associandoli, nel bene e nel male, alla propria fortuna; o reputa che in questa misura non siano a temersi quei pericoli ch'ebbe in animo di allontanare colla regola proibitiva.

d) Ma siffatta società, che non ha un tipo legislativo al quale possa ragguagliarsi, sarebbe commerciale o civile?

Commerciale si direbbe per la materia che costituisce il fondo di questa società, che deriva, e ha ragione di sussistenza, da un esercizio commerciale, e si alimenta di lucri che si fanno per mezzo del commercio. Ma le società non tanto sono commerciali per la materia, quanto per la *forma commerciale* che possono assumere, come vedremo a suo luogo. Niuna di quelle che il Codice con gran cura descrive, potrebbe venire in acconcio a tale società, che

(1) La comunione legale e fortuita fra coeredi o condomini non si estenderebbe ai profitti della industria personale.

(2) Intorno a ciò può vedersi ciò che si è detto sull'articolo 48.

io continuo a chiamare anomala. Nè quella elasticità, nè quella espansione che si addice alle società commerciali può essere in questa, confinata fra le domestiche pareti, e ristretta ad alcuni congiunti di sangue. Un patto di famiglia la costituirà; vi saranno applicate le norme del Codice civile, colle modificazioni che la specialità specialissima del caso (la frase mi sembra opportuna) sarà per consigliare in contingenze che lungo sarebbe prevedere, mentre si è cominciato adesso a prevedere che una tale società possa esistere.

Articolo 56.

È vietato agli agenti di cambio di esercitare la mediazione per mezzo di commessi o altre persone interposte, qualunque denominazione diasi al ministero loro.

Possono tuttavia fuori del recinto della borsa valersi dell'opera altrui, ma per quegli atti soltanto che non richiedono in chi li fa la qualità di agente di cambio.

204. *Precedenti storici.*
205. *La funzione dell'agente di cambio è intransitiva: in ordine al diritto pubblico, in quale rapporto si trovi e come differisca da quella che distingue i funzionari dello Stato, e l'esercizio della giurisdizione.*
206. *Intelligenza e limiti di quella formola dell'articolo* — può valersi dell'opera altrui. — *Distinzione fra le operazioni secondarie ed esplicative, e la funzione imprimente la legalità, che è personale e inalienabile.*
207. *Come la facoltà di aggregarsi degli ausiliatori si estenda ai sensali. Solidarietà del pubblico mediatore mandante e del mandatario verso i terzi.*

---

204. Questo articolo è stato trasportato dalla Legge 8 agosto 1854.

Il Decreto del Consiglio del 1724, sistemando la mediatoria della capitale, proibiva agli agenti di cambio ed ai sensali di valersi di altre persone nel condurre gli affari del loro ministero, eccetto il caso d'infermità, e soltanto per dare compimento a quelli che fossero già in corso. Questa disposizione fu resa comune agli altri pubblici mediatori per tutta la Francia col successivo Decreto del 1784.

La borsa di Parigi cominciò a reclamare dei privilegi; diremo anche, non privilegi, dei riguardi alla sua immensa centralizzazione, all'assiduo lavoro dei suoi agenti di cambio. Indi venne l'Editto o Dichiarazione del 19 marzo 1786, e il Decreto del Consiglio, del 10 settembre seguente, che autorizzò gli agenti di cambio della capitale a nominarsi un *commesso* che potrebbe fare per loro nome e conto, e nel loro interesse.

Questa facoltà speciale agli agenti di cambio di Parigi è stata sempre mantenuta; gli ordinamenti successivi non hanno fatto che confermarla: in tempo prossimo, gli agenti di cambio sono stati autorizzati ad aggiungersi *due commessi principali* (Decreto 15-23 novembre 1859, e sempre sotto la loro responsabilità. Secondo i regolamenti, i commessi sono eletti dall'assemblea generale degli azionisti. E ciò stesso dimostra che, tolta questa limitazione, subordinata essa pure a prescrizioni speciali, i mediatori pubblici rimasero sotto il divieto di associare alla propria la interposizione di altri uomini d'affari, dipendenti o no, qualunque sia il loro nome od esercizio. Per altro il Codice di commercio francese se ne passò; ma nè scrittori, nè tribunali hanno mai dubitato della persistente validità dell'antica disciplina, e ne danno prova le stesse concessioni fatte al commercio di Parigi, come poc'anzi notai.

Per noi Italiani restava tema di grave dubbio, mentre retta la giurisprudenza nostra dal Codice francese, più o meno provvisoriamente mantenuto in quegli Stati che si sdegnavano al nome di Codice francese senza però saperne fare un migliore, non si avevano, come in Francia, i precedenti legislativi, quelli che ben potevano dirsi le primarie sorgenti di questo ramo di legislazione moderna. Nè le RR. Costituzioni di Piemonte, nè il Codice albertino dettarono cosa alcuna su questo proposito; e sino alla Legge del 1854 non si potè dalle altre disposizioni dedurre colla sicurezza necessaria che il pubblico mediatore

Digitized by Google

non potrebbe servirsi, sotto la sua responsabilità, di affigliati o mandatari identificati in certo modo nella propria persona.

205. Col dichiarare eminentemente personale la funzione di agente di cambio, la legge non ha fatto che starsi coerente al principio che determina l'azione di qualunque altro funzionario, che ricevendo dalla legge un carattere di autorità ch'essa sola può dare, non può trasmetterla, eccettochè non gli venga dalla stessa legge la facoltà di delegarla ad altri. Accenno al principio, e mentre vado accennando il pubblico mediatore esercitare una funzione, non voglio ragguagliarlo, per esempio, ad un procuratore del Re, ad un giudice; ed ai funzionari propriamente tali, organi diretti dello Stato, rivestiti di una frazione del potere esecutivo e di una propria giurisdizione. Il pubblico mediatore agisce con una missione legale nel giro d'una istituzione costituita nello Stato; ma non è un funzionario dello Stato; agisce nell'interesse di un dato ordine di cittadini (e non di tutti in generale se non in un fine remoto): ha una missione legale, nonostante l'elemento fiduciario e privato che mai non si scompagna dall'atto della suo funzione.

Io non sono nel sostenere che, rispetto a tale categoria di funzionari *sui generis* (pubblici ufficiali), l'esercizio intransitivo sia nel carattere della stessa funzione, come in quella del procuratore del re e del giudice: ma ciò che voglio dire è questo, che decidendosi, per legge positiva, la esclusività dell'opera nella persona dell'agente di cambio, essa vi applica quel principio che è inerente ai veri pubblici funzionari; eleva ad un tempo la dignità dell'agente di cambio, senza menomare alla libertà del cittadino, anzi coll'intento di meglio guarentirla.

La legge ha avvisato alla gravità, alla importanza di questo esercizio. Abborre la interposizione della interposizione, perchè i committenti sarebbero facilmente defraudati della loro fiducia se i loro affari fossero trattati da altri che non conoscono. Nè suffraga abbastanza la responsabilità dell'agente di cambio; essendo poca cosa l'azione d'indennità quando un affare è rovinato. La libertà largita agli agenti di cambio ricadrebbe a danno dell'interesse commerciale, che unico può giustificare il vincolo a cui il commerciante è assoggettato; le commissioni, passando di mano in mano, sarebbero male interpretate; le comunicazioni meno agevoli; la moltiplicità degli agenti diretti e indiretti farebbe ingombro; abuso di confidenza, propalazione dei segreti, difficoltà di far valere le azioni d'indennità, ecc., inconvenienti che non devono mancare neppure nel sistema dei commessi legali o autorizzati. La legge che non lo riconosce, ha tanto maggior ragione di escludere dalla borsa questa superfetazione.

206. Non si potrebbero però condannare assolutamente e, per così dire, inesorabilmente gli agenti di cambio a prestare un'opera personale in qualunque caso. E tosto soccorre il capoverso, delineando in una certa forma delicata e meritevole di attenzione, i limiti di tale facoltà.

Due riserve campeggiano nel capoverso. *Nel recinto della borsa* non si parli d'opera sussidiaria: ivi l'azione dell'agente di cambio è individua e indivisibile: la natura degli affari lo esige. Più rimarchevole è il disporre che neppur fuori del sacro recinto possa l'agente di cambio aiutarsi dell'opera altrui qualora l'affare sia di qualità che non possa esercitarsi che da un ufficiale suo pari. E questa è certamente la negoziazione delle cambiali, dei biglietti all'ordine e dei valori che il solo agente di cambio può maneggiare giusta l'articolo 36. Adunque l'agente di cambio, come tale, non può mai valersi dell'opera altrui: la legge non ha fiducia che in lui solo, e questa l'onora. Ma noi sappiamo che l'agente di cambio è anche un sensale di merci per quanto riguarda *gli affari di compre e vendite delle monete d'oro e d'argento* (articolo 36). Egli può inoltre rivestire l'esercizio di altre mediazioni, quando vi sia singolarmente abilitato (articolo 43). È quindi nella pura qualità di sensale, e non di agente di cambio, ch'egli può operare, sotto la propria responsabilità, coll'altrui mezzo.

La legge usa tali espressioni che ben mostrano ch'essa non intende escludere quel concorso di opere materiali e sussidiarie di cui si ha bisogno a preparare gli affari, a ravvivarli e tenerli in moto, a registrarne la contabilità, e via discorrendo; la legge non si occupa che dell'atto che qualifica la funzione. In due aspetti pertanto può vedersi l'azione subalterna che il sensale può nel proprio nome autorizzare: *a*) trattare gli affari; *b*) eseguirli.

Il pubblico mediatore potrà nominarsi dei mandatari all'uno o all'altro oggetto. In affari sciolti, per così esprimermi, da certi speciali doveri ai quali speciali discipline corrispondono, nei negozi ordinari e comuni del commercio, non può essere che giovevole la cooperazione di persone di fiducia che il mediatore vorrà scegliere fra le probe e capaci, pensando ch'egli è il diretto garante dei fatti

loro verso il proprio cliente (1). È chiaro che questa sorta di emissari che stanno alla vedetta per procacciare affari ai loro mandanti ed estenderne la clientela, non trattano mai in proprio nome; alle usurpate funzioni si aggiungerebbe l'inganno delle parti, e raro sarebbe che i loro contratti non fossero contestabili e nulli. Qui giace il pericolo: qui è dove bisogna interpretare strettamente la legge.

Valersi dell'opera altrui equivale forse al poter abbandonare ad altri l'esercizio delle proprie funzioni in ciò che vi ha di più interessante e, direi anche, di essenziale?

Io avviso che la dizione della legge non permetta tanta estensione. Parmi ancora che ne ripugni lo spirito. Sarebbe il regno della confusione quello in cui la personalità del pubblico mediatore fosse diffusa in una quantità di *alter ego*, che inondassero le piazze in nome dello stesso pubblico mediatore; tanto peggio se si pensi, che codesti faccendieri potrebbero volerne rappresentare più a un tratto (giacchè non vediamo limiti segnati), e l'economia e la giusta riserva imposta all'esercizio della mediazione ne sarebbe orribilmente scossa. Io comprendo che rapporto alla *esecuzione* dell'affare combinato dallo stesso mediatore pubblico, il pericolo sarebbe minore. Si deve assistere alla consegna o spedizione di merci, ad un pagamento, ritirare documenti, combinare qualche cosa di secondario per la effettuazione di un noleggio già stabilito? Il mediatore non può essere dappertutto: *si vale dell'opera altrui*. Ma io metterei grave dubbio se rapporto all'affare in se stesso, quanto cioè allo stabilirlo, il pubblico mediatore potesse delegare assolutamente, totalmente, la sua funzione ad un terzo.

Quello che a me pare certissimo si è, che la facoltà non può essere ad altri demandata in quelle parti nelle quali l'azione personale del pubblico mediatore si reputa necessaria, e ha un carattere che può dirsi essenziale.

Poniamo due esempi. Per l'articolo 40 i sensali d'assicurazione *stendono in concorrenza con notai i contratti ossia le polizze d'assicurazione, e ne attestano la verità colla loro firma*. Nel successivo: *i sensali di noleggi possono anch'essere nominati interpreti, hanno il privilegio*, ecc. In tali operazioni il sensale potrà farsi rappresentare da mandatari? Si risponde francamente, no. Non lo potrebbe lo stesso notaio che esercita una funzione esclusivamente propria. Parimente indelegabile, insuscettiva di surrogazione, è la funzione dell'*accertamento del corso legale*. In generale, *le funzioni che danno carattere di legalità ed autenticità agli atti*, sono indelegabili. Non si può neppure immaginare la surrogabilità di un interprete. Insomma vi è troppo di personale nei pubblici mediatori per non doversi intendere la espressione dell'articolo — *valersi dell'opera altrui* — nel senso più limitato, secondario, e meramente ausiliativo nelle operazioni di minor interesse.

Io spingo le conseguenze di questa teorica sino a concludere, che gli atti i quali dovrebbero avere per legge *carattere di atti pubblici*, sarebbero altrimenti nulli. E mi basti intorno a ciò questo cenno generale, essendosi altrove discorso con qualche ampiezza il tema della nullità rapporto ai terzi (ni 133, 134, 135), e dovendone in altri luoghi trattare.

207. Restano a compimento due sole osservazioni.

Si è già avvertito come l'articolo 56 non parli che degli *agenti di cambio*, e non punto di altri pubblici mediatori. La legge emettendo un divieto, suppone la libertà; sembra dunque logico il dire che, se non fosse scritto il divieto dell'articolo 56, gli agenti di cambio potrebbero valersi per ogni loro atto dell'opera altrui. Rispetto agli altri mediatori che non sono agenti di cambio, può credersi ugualmente logico il dire che non essendo ad essi indirizzato alcun divieto, sono liberi di valersi dell'opera altrui in ogni caso. Ma le premesse avvertenze dimostrano, che il principio della delegazione è non poco diverso dal principio di libertà: perchè la funzione non è una proprietà di cui si possa disporre. Io stimo pertanto che, anche senza quella limitazione che la legge presenta sotto forma di divieto, non sarebbe lecito trasmettere ad altri ciò che è strettamente annesso alla nostra personalità legale.

Nulladimeno dal contesto dell'articolo 56 è facile desumere che i sensali, non agenti nel recinto della borsa, portati sopra un campo più esteso e variato di operazioni, non saranno meno abilitati a *valersi dell'opera altrui*, nel limite disegnato e inviolabile proposto al numero precedente.

Ma gli agenti di cambio che rapporto alle loro speciali funzioni non possono commettersi all'opera altrui, non potranno forse nominare degli altri agenti di cambio, in qualità di loro mandatari, per esercitarle occasionalmente per

(1) Il governo non se ne ingerisce: non vuole dei commessi legali: permette i mandatari.

proprio nome e sotto la propria responsabilità? Io credo non vi sia difficoltà. E che si usi anche in Francia (1), può argomentarsi da una decisione della Corte di Rennes, del 29 luglio 1855 (*Journal du Palais*, II, p. 582), ove è posta questa massima = che un agente di cambio, incaricato da un suo collega a vendere delle azioni ch'egli sa appartenere a un terzo, è responsabile del prezzo *verso questo terzo, benchè ne ignori il nome.*

Da questa decisione viene a scoprirsi un altro lato della teoria. Alla responsabilità dell'agente di cambio aggiungesi, come si vede, quella dell'agente di cambio mandatario. Nulla di più giusto, e così l'interesse del terzo è maggiormente assicurato. Agli scrutatori delle intime ragioni del diritto pratico piacerà l'osservare, quanto diversifichi il mandato ordinario da quello affidato ad un ufficiale pubblico per affari del suo proprio ministero. L'ufficiale pubblico, quantunque surrogato, lungi dal deporre la propria qualità, si esercita in quella, e per essa inspira una giusta fiducia di onestà e abilità, defraudando la quale deve anche personalmente risentirne le conseguenze (2).

Articolo 57.

I pubblici mediatori hanno diritto per le loro mediazioni alla mercede determinata da apposita tariffa.

La tariffa è fatta dalla Camera di commercio, e in mancanza dal municipio, sentito il sindacato ove esiste, ed è approvata dal ministro di agricoltura e commercio.

Essa dev'essere e rimanere affissa a lato dell'elenco dei pubblici mediatori nelle sale sopra indicate.

Articolo 58.

L'azione dei pubblici mediatori per il pagamento dei loro diritti di mediazione si prescrive col decorso di due anni dall'operazione.

La prescrizione non è interrotta, se non quando vi è stato un riconoscimento del debito per iscritto o una domanda giudiziale non perenta.

208. *È dovuta una mercede al pubblico mediatore anche per gli affari non conchiusi, o per fatto delle parti rescissi.*

209. *Sulla prescrizione dell'azione. Rinvio sulla interruzione.*

210. *Se gli agenti di cambio siano favoriti da uguale prescrizione rapporto alle azioni che si promuovono contro essi pei conti delle loro operazioni.*

---

208. La legge è chiara nell'attribuire una mercede *per la mediazione*, e non distingue fra quella che è stata coronata di successo, e quella che è rimasta allo stato di tentativo, non avendo potuto concludere il negozio per essere stato ritirato il mandato pendenti le trattative. In questo secondo caso i mediatori hanno diritto a indennità e ad un compenso proporzionato al lavoro che hanno prestato (3).

Se i contratti conchiusi non hanno avuta esecuzione, se furono dalle parti ritrattati o rescissi, la mercede è ugualmente dovuta (4).

209. Questa prescrizione è speciale al Codice di commercio.

Decorre *dalla operazione*. Il nostro articolo suppone l'operazione compita? E quando è compita? Dall'atto della conclusione del negozio, o dal momento che sono terminate tutte

---

(1) Questa consuetudine è attestata da Pardessus: « En général (les agents de change) ne peuvent « se faire représenter que par un de leur collègues, « muni de leur procuration, et dont ils demeurent « responsables » (*Droit commercial*, n° 129).

(2) Vedi in questa materia i num. 187 e 18 .

(3) Alauzet, *Comment.*, n° 332, Bordeaux, 19 luglio 1831; Dalloz, v° *Bourse de commerce*, n° 535.

(4) « Non obstant des habitudes contraires, il a « été jugé que des droits sont dus aux courtiers « qui les réclament, pour les marchés résiliés aussi « bien pour ceux qui reçoivent leur exécution » (Alauzet, *Comm.*, n° 332).

Digitized by Google

le formalità e pratiche occorrenti alla sua attuazione?

L'agente di cambio stringe e conchiude definitivamente alla borsa un contratto di rendita; ecco l'*operazione* di cui parla l'art. 29. Vero è che restano altri atti riguardanti l'esecuzione. Resta il trasporto, l'iscrizione nel gran Libro, la consegna dei titoli; la redazione e consegna delle note o copie prescritte dall'articolo 46.

La prescrizione, legge severa e, come una volta dicevano, odiosa (1), non può ritenersi cominciata in questo caso, se non dal punto in cui il pubblico mediatore cessa dall'operare; che è la posizione più favorevole per lui e deve preferirsi. È anche il vero punto giuridico di partenza. Bisogna ch'egli possa spiegare una domanda di pagamento. Ma egli non potrebbe farla se non dopo avere regolarizzata rispetto ai suoi mandanti l'operazione, consensualmente perfetta. E allora soltanto il suo uffizio è esaurito, e l'azione è nata in lui per ripetere i suoi emolumenti

Si può anche fare qualche distinzione ulteriore per determinare il cominciamento della prescrizione.

Noi non parliamo che degli atti *complementari* della operazione, e concentrati nell'uffizio stesso della mediazione: non di quelli che il mediatore volesse fare oltre i termini del suo mandato legale; accettando, per esempio, un mandato convenzionale, o incaricandosi di fatti relativi alla esecuzione, e ai quali per lo suo ministero non sarebbe tenuto (2). Così cessando l'esercizio della funzione coll'assumere un privato incarico, comunque correlativo, ritengo la *operazione terminata*, e cominciare il corso della prescrizione: senza potersi opporre che continuando il mediatore a prestare un'opera, benchè privata e volontaria, per la quale un compenso gli sarebbe dovuto, egli aveva motivo per sospendere la domanda del pagamento della mercede legale. Questo modo d'interpretare sarebbe troppo contrario alla lettera dell'articolo 58, nè potrebbe combinarsi colla sua previsione che si limita razionalmente alla operazione legale del mediatore.

Tornando a quelli che diciamo atti complementari, alcuni sono necessari e indispensabili; come quelli spesso accennati dell'agente di cambio che ha negoziata della rendita pubblica, o degli altri imposti dall'ultimo capoverso dell'articolo 46. Per questi la prescrizione non comincia che dall'esaurimento dell'ultimo atto. Altri sono in facoltà, non di necessità dell'ufficio. Il sensale d'assicurazione può *stendere la polizza d'assicurazione*, ma può anche lasciare questa parte al notaio che l'esercita con pari diritto. Discende forse da ciò, che prima che la polizza d'assicurazione sia redatta e firmata, cominci a danno del mediatore la prescrizione? Io non ammetto neppur questo, e sono di parere che il contratto non avendo ancora ricevuto la sua estrinseca perfezione, l'azione del mediatore non sarebbe fondata per ripetere le sue mercedi.

Sospendo ogni osservazione sull'ultima parte dell'articolo 58, e mi rimetto al Titolo *sulla prescrizione* delle azioni relative alle lettere di cambio e ai biglietti all'ordine, ove la materia dovrà trattarsi compiutamente.

210. Sarebbe forse inutile aggiungere questo paragrafo, se non fosse quasi naturale il domandare come, essendo assoggettata a prescrizione assai limitata per tempo l'azione dei pubblici mediatori per il pagamento dei loro diritti, non venga eziandio a loro favore limitato il tempo nel quale devono render conto dei propri fatti, o verso i clienti, o verso i terzi; e se non si trovasse nella legislazione francese qualche disposizione apprezzabile per la ragione onde fu mossa.

L'articolo 16 dell'Editto 27 pratile, anno X (16 giugno 1802), limitava la responsabilità degli agenti di cambio allo spazio di cinque anni dalla dichiarazione di trasporto della rendita pubblica; scorso il qual tempo essi erano liberati dalle obbligazioni nascenti dai doveri annessi all'esercizio della mediazione.

Con questo giro di parole io volli significare che la prescrizione non ricopriva già tutti i fatti condannabili degli agenti di cambio, ma li esonerava da certe responsabilità al loro stesso ufficio inerenti (3). E invero l'Editto

(1) Io non conosco nulla di *odioso* nella legge o negli atti da essa ordinati. Tutto ciò che può sembrare il male di un individuo, ha un fine di bene generale: neppure le leggi penali io posso chiamar *odiose*. Odio e favore sono del pari aliene dalla impassibilità del concetto legislativo: per tutte le vie e per tutti i mezzi il legislatore tutela la libertà giuridica, come lo dimostrai ampiamente nel *Trattato dell'azione penale*.

(2) Assume di fare dei pagamenti per conto degli interessati, di trattare un affitto di locali per riporvi le merci, di togliere ostacoli che si frappongono alla loro consegna, ecc.

(3) Eccole nel preciso linguaggio di Pardessus: « A l'égard des effets de la dette publique, ils (gli « agenti di cambio) sont conformement à l'art. 16 « de l'acte du 16 juin 1802, responsables, *pendant cinq ans*, de l'identité de propriétaire ven-

non estendevasi ad altre responsabilità di più grave natura; al dover render conto, per esempio, dei fondi ricevuti all'oggetto della negoziazione, se a prova di averli regolarmente erogati o restituiti l'agente di cambio non avesse per sè che il lasso del tempo. Ci fa conoscere ALAUZET nel *Commentario* (n° 327), che portata la questione ai tribunali, destasse dei forti dubbi, e si decidesse con qualche apparenza di contraddizione (1). Se non che la contraddizione si vedeva sparire al confronto delle specie di fatto. In una di esse, l'agente di cambio, provocato dopo cinque anni, diceva, e potè dire secondo la Cassazione, che avendo in buona fede versato il prezzo della vendita a persona ch'egli credeva autorizzata, non fece con ciò che dare l'ultima mano e compiere quella operazione di trasporto che rientrava nell'ufficio della mediazione, e quindi egli si trovava entro i termini dell'Editto o Decreto del 1802.

Ma fuori d'ipotesi consimili, gli stessi agenti di cambio (non parlo degli altri mediatori pubblici che non erano protetti dalla prescrizione quinquennale) non potevano invocare la prescrizione eccezionale, ed erano soggetti alla legge comune pei fatti loro personali, non connessi alle formalità ufficiali, e derivati dall'abuso di mandato.

Se questo retrosguardo storico non è inutile, il silenzio delle nostre leggi commerciali ci ammaestra, che i mediatori pubblici d'ogni qualità e grado, e per qualsivoglia abuso della loro professione, non sono favoriti da un tempo più breve di quello che si esiga a prescrivere le azioni secondo il diritto comune. L'abuso, la prevaricazione, le espropriazioni illecite sorpassano la cerchia della commercialità, e non sono giudicabili che dalla giurisdizione ordinaria, civile e penale, sotto le sanzioni comuni (2).

Articolo 59.

I pubblici mediatori sono puniti

Con multa da lire cento a duecento cinquanta per l'esercizio delle loro funzioni continuato dopo che sia mancata o diminuita la cauzione stabilita dalle leggi o dai regolamenti per tale esercizio. La multa è del doppio in caso di recidiva;

Con multa da lire duecento cinquanta a cinquecento per le contravvenzioni agli articoli 46, 51, 52 e 56, oltre le pene stabilite dal Codice penale quando vi sieno false dichiarazioni. La multa è del doppio in caso di recidiva;

Con sospensione da tre a sei mesi per la contravvenzione all'articolo 55, e con interdizione nel caso di recidiva;

Con multa estendibile a lire tremila per ogni altra contravvenzione cui non sia comminata altra pena.

Articolo 60.

La pena accessoria della sospensione si applica sempre contro i pubblici mediatori nei casi espressi nell'articolo 42 del Codice penale. Se vi è recidiva, si applica la pena dell'interdizione.

Articolo 61.

Il pubblico mediatore interdetto dal suo uffizio non può esservi riammesso se non dopo trascorso il termine di tre anni.

211. *Della cauzione che gli agenti di cambio e i sensali devono prestare*

212. *Sul fondo della cauzione hanno ragione di privilegio i creditori che patiscono danno per*

» deur, de la vérité de sa signature, et de celle » de pièces produits » (n° 129, in fine).

(1) Dalla Corte di cassazione nei suoi vari giudicati del 25 luglio 1826, del 11 agosto 1828 e del 14 luglio 1829.

(2) Il malversamento addebitato può non sussistere, l'appropriazione potè esser lecita; ma il deciderlo non appartiene alla giurisdizione commerciale.

Digitized by Google

abuso dell'esercizio di pubblico mediatore, e pei crediti che hanno causa dalla mediazione.

213. *La quale azione privilegiata deve ammettersi ognora che, malgrado i fatti d'immoralità o d'illecito esercizio imputabili al pubblico mediatore, il contratto si riconosca valido rimpetto al committente.*

214. *Si confuta una obbiezione dedotta dai così detti* giuochi di borsa; *quasichè la parte, consentendovi, abbia rinunziato al diritto della cauzione.*

215. *Della varia natura della cauzione, e come si ritenga affetta al privilegio dei creditori della mediazione.*

216. *Osservazioni sui giudizi di concorso e sulla distribuzione dei valori della cauzione.*

217. *Come il pubblico mediatore possa rendersi colpevole di falso; specialmente nelle dichiarazioni dei contratti che deve rilasciare alle parti contraenti.*

218. *Applicazione della pena della sospensione che si ritiene abbracciare entrambi i fatti che l'articolo* 55 *divieta ai pubblici mediatori.*

219. *Del* minimum *e del* maximum *delle multe.*

220. *Riflessi sull'articolo* 60, *e critica di questa legge.*

---

211. La sistemazione della penalità che minaccia i mediatori pubblici convinti di contravvenzione ai regolamenti è pressochè uniforme a quella che dopo il Codice albertino erasi stanziata nella Legge 8 agosto 1854.

Gli abusi dei pubblici mediatori non sono soltanto dannosi al principio d'ordine che la penalità intende guarentire; essi si convertono ancora in danni reali; quindi la necessità della cauzione per l'indennità dei terzi e il pagamento delle multe.

La cauzione si estende sino a L. 5,000 pei sensali; sino alle 30,000 per gli agenti di cambio, secondo il grado della piazza e l'importanza degli affari. Diminuitone il valore dalle sottrazioni, si reintegra: la cauzione deve rimanere costante quale condizione di esercizio legittimo; il mediatore pubblico che tira avanti senza curarsene, è percosso da una multa che gli serve d'ammonizione. La percossa è del doppio pesante *in caso di recidiva*. Cosa sia per nascere dopo la recidiva e la penalità corrispondente, la legge non lo dice: la sospensione o la interdizione dall'ufficio dovrebb'esserne la ulteriore conseguenza.

212. Il fondo della cauzione non può essere distratto dal proprio oggetto: e le azioni creditorie sovr'esso esercibili saranno quelle soltanto che derivano dai fatti relativi alla mediazione legale. O con una formula più estesa: per tutti quei debiti dei mediatori pubblici che hanno causa dalla mediazione, sia perchè indebitamente rifiutata, sia perchè abusata o nell'atto stesso o nell'esecuzione (1).

Bisogna stabilire che si tratta di privilegio, dal momento che vi sono creditori che hanno diritto di concorrere su quella sostanza, ed altri che non ne hanno il diritto. La nostra legge è silenziosa intorno a questa nozione giuridica, che pure è di tanto interesse il conoscere. Ma siccome la paternità straniera è impossibile dissimulare, anche nol volendo dire, la nozione di cui parlo è impressa nella origine storica, e noi non possiamo respingerla. Ed è quella dichiarata con molta precisione dalla Legge del 28 nevoso, anno XIII, agli articoli 1 e 2. « Les cautionnements fournis par « les agents de change, les courtiers de com« merce... sont affectés par premier privilège « à la garantie des condamnations qui pour« raient être prononcées contre eux, par suite « de l'exercice de leurs fonctions. Les oppo« sants sont admis à faire sur ces cautionne« ments des oppositions motivées, soit directe« ment à la caisse des consignations, soit au « greffe du Tribunal de commerce ».

213. Si è dubitato se vi sia credito legittimo, e tanto meno privilegiato sul fondo della cauzione, allorchè l'agente di cambio si è obbligato in occasione di contratti che, *sebbene leciti in se stessi*, sono intinti di quella pece che si dice *giuoco di borsa*, quali i contratti a termine o *riporto*, e simili (2). Mal si comprende come vi siano dei *contratti leciti* che

---

(1) Tale privilegio, insegnò la Corte di cassazione francese « n'est accordé qu'aux créances pour « les quelles *le créancier été forcé par la loi d'employer le ministère d'agent de change: et il n'est pas permis d'étendre à tout autre opération financière résultant de tout autre acte de confiance volontaire du créancier dans l'agent de change* » (10 marzo 1827).

(2) Mi attengo alle parole d'Alauzet, num. 326, che senza esprimere in proposito la propria opi-

non danno azione al creditore contro l'agente di cambio che ha abusato del proprio ufficio; e tale azione esistendo, non avere l'efficacia comune alle altre azioni di credito, di essere cioè realizzabile sul fondo della cauzione.

Se la mia logica non m'inganna, dovrebbe cominciarsi dal porre che si tratta di contratto illecito e proibito: non basta; ma che il creditore n'ebbe coscienza; in altri termini, sapeva che il negozio era una mala pasta, ed egli vi mescolò le mani a disegno e per cavarne i suoi profitti. S'intende che dall'illecito non può sorgere un'azione legittima; che fra due complici uno non può rivalersi sull'altro; che molto meno con simili raggiri si possono venir menomando le guarentigie dei creditori legittimi.

È singolare che quel concetto *di giuoco di borsa* si presenti così mal definito e incerto eziandio alla grande magistratura francese, là dove non hanno ancora perduta tutta la loro forza antiche disposizioni legislative, che lo condannavano espressamente (1). Fa maraviglia che *les achats à termes* o *les reports* (2) siano ancora traveduti in una certa penombra di illegittimità e, quasi direi, apprezzati col senso morale (3). Noi che facciamo il debito onore ai consigli della moralità, non ne possiamo dividere tutti gli scrupoli, come si è detto nei luoghi sopra indicati, e forse in altri, e procediamo con una distinzione più larga almeno e più franca tra quella specie di affari nei quali può desiderarsi per avventura maggiore delicatezza, ma sono di continuo uso in commercio, e non è possibile metterne in dubbio la legalità senza gettare delle penose incertezze sul commercio medesimo; e tra quei fatti che la legge penale vieta e punisce, ovvero sono infetti di quella dolosità e mala fede che anche la legge civile riprova sino ad annullare le convenzioni a cui hanno dato causa.

Il mediatore pubblico può essersi abbandonato ad un fatto illecito per parte sua, per esempio, trattando un affare al quale non è autorizzato dalla sua patente (4), mentre il commerciante che si vale della sua opera è in piena buona fede sulla legalità dei di lui ufficio. Se mai vi fosse caso da permettere qualche dubbio, sarebbe questo; altri potrebbe osservare che l'esercizio del sensalato è una cosa tanto pubblica che niuno invero può allegarne la ignoranza. E quindi inferirne che quella parte che si è servita di questo mezzo, è concorsa nella violazione della legge: che il contratto sarà anche valido, se il contraente avrà dei crediti e delle azioni da esercitare contro il sensale; ma non potrà appropriarsi il privilegio di agire sui fondi della cauzione; nascendo in fine il credito da un fatto illegittimo del sensale, e non potendosi menomare la cauzione che sta a difesa e sicurezza di quegli interessi che si appoggiarono in una mediazione legale, e furono defraudati ad inganno di chi vi ha prestata fede.

Se fosse provata la collusione fra la parte e il sensale per violare la legge, io crederei tale ragionamento irreprensibile, specialmente in confronto di altri creditori di buona fede del mediatore. In tal caso, l'ho già detto, non competerebbe azione di sorta.

Vi è pure in questo caso grande e notevole differenza fra il dolo *ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum*, e la contravvenzione. La colpa della contravvenzione cadrebbe interamente sul sensale. Egli solo poteva conoscere in modo preciso e sicuro le proprie attribuzioni; se egli ne ha abusato, mentendo una qualità che non aveva, è facile vedere che usurpando la funzione di colleghi, egli volle procacciarsi un indebito lucro: la

nione, vuole riportare i concetti della Cassazione francese in varie decisioni, del 25 luglio 1826, 14 agosto 1828, 14 luglio 1829.

(1) Vedi i nostri numeri 119, 120, 121. La poca nitidezza del concetto si rileva anche dalle seguenti parole di una decisione della Cassazione meno recente: « Attendu que l'arrêt attaqué n'a pas jugé « en thèse générale que tout marché était nul; « mais bien que tout marché qui, dès l'origine, « avait pour unique objet un paiement de diffé- « rences, constituait un jeu, un pari défendu par « la loi, et que cette décision est conforme à tous « les principes de la matière » (30 marzo 1838).

(2) Dei quali pure abbiamo parlato ai num. 121, 122, ecc.

(3) Mi si permetta aggiungere un'altra piccola *nota* storica su questo argomento. Gli articoli 421 e 422 del Codice penale francese non condannano propriamente i *mercati a termine*, ma bensì le vendite o compre allo scoperto, senza in mano la materia del contratto (i danari, i titoli), *supponendoli presenti;* cose poi che si fanno e si fecero sempre alla borsa. Il *contratto a termine* non ha niente d'ingannevole: si dichiara che non ci sono i danari pronti quando si ha bisogno di tempo. Tuttavia s'intese dire la Corte di cassazione: « Que « l'article 422 ne concerne que la partie crimi- « nelle, et ne fait pas obstacle à l'application des « anciens et nouveaux règlements sur la matière « au civil » (3 marzo 1827). Distinzione o riserva meritamente respinta dall'illustre Troplong (*Contr. aleat.*, n° 123).

(4) Un sensale di noleggi che combina un contratto di merci.

parte che si è servita di lui non aveva interesse per colludere; aveva precisamente l'interesse opposto.

E torno al mio concetto. Se il contratto è valido, malgrado gli abusi del proprio ministero imputabili al mediatore, la parte contraente, qualunque sia, che per lui ha sofferto danno, può esercitare un'azione privilegiata sui fondi della cauzione.

214. Debbo sciogliere un altro sofisma, messo innanzi quasi come una dottrina positiva (mentre non si discute) da qualche scrittore francese di grido, e pure dedotto dalla per essi indigesta *operazione a termine*. La solvibilità dell'agente di cambio, ivi si dice, è uno degli elementi o eventualità (*une des chances*) della speculazione; ma « le cautionnement doit être exclusivement reservé aux « personnes qui n'avaient voulu courir aucun » (1).

Il pensiero è brillante, ma lampo che tosto svanisce. Chi mai non corre dei rischi, chi mai non vuole assumere dei rischi in commercio? Le operazioni che non siano di credito sono assai poche e sempre ristrette. Se la solvibilità dell'agente di cambio, secondo il proposto, è una delle *eventualità* di simili negozi, d'altronde comunissimi e del tutto necessari, parmi che la conseguenza logica sia questa: che tale eventualità si è accettata perchè senza pericolo: perchè già si conosceva che l'agente di cambio aveva là il suo deposito per garantire così i proprii falli come le proprie obbligazioni; perchè insomma non era una eventualità. La solidità della cauzione era dunque entrata, come entra sempre, nella previdenza del commerciante; egli vi avea fondato come tutti gli altri, che, non avendo libertà di scelta, costretti ad accettare nei propri affari un ministro della legalità, hanno meno confidenza nella sua persona e nella sua opera che nelle garanzie di cui è circondata.

—

215. Vogliamo esaminare alquanto la natura di quel diritto di garanzia, che fin qui abbiamo chiamato privilegio sui fondi della cauzione.

Il Codice non dichiara nè la qualità nè lo importare della malleveria; ma addita che vi sono leggi e regolamenti che la stabiliscono; e sono quelli dell'8 agosto 1854, come più volte si è detto, e che riportiamo nell'APPENDICE. Ivi è fissata la somma, non la qualità; e sarà o pecuniaria, o personale, o ipotecaria; il che è notevole soltanto per il modo di esecuzione, come ora diremo (2).

Descrivendo la serie dei privilegi *sopra determinati mobili*, l'articolo 1958, n° 10, del Codice civile si esprime in questi termini: « I « crediti d'indennità per gli abusi e prevaricazioni commessi dagli ufficiali pubblici « nell'esercizio delle loro funzioni *sui valori « dati per malleveria e relativi interessi* ».

Il privilegio di cui parliamo è di questo genere: esso, perchè tale, respinge il concorrimento di tutti gli altri creditori i cui titoli non abbiano causa nell'esercizio della mediazione legale, e i fatti più o meno direttamente non vi si riferiscano.

È privilegio di cose e non di persone. Commercianti o non commercianti siano quelli che reclamano diritti contro il pubblico mediatore, essi sono giudicati non per la loro qualità personale, ma pel loro titolo di credito. E difatti, quantunque si tratti di questioni originate da operazioni di commercio più o meno abusate, noi ci troviamo in *piena giurisdizione civile*. Il non commerciante non si obbliga commercialmente mercatando rendite pubbliche o anche azioni industriali per mezzo di agenti di cambio (3). Dal lato del commerciante, il giudizio che per lui si muove contro il pubblico mediatore per essere rimborsato di somme frodate, o di perdite sofferte per colpa dello stesso mediatore, è meramente civile, quando la qualità della colpa (4) non provochi invece un giudizio penale (5).

La qualità della cauzione determina semplicemente il metodo giudiziario che si deve tenere per la esecuzione. Se la malleveria è personale, il fideiussore subirà dei sequestri e degli ordini di pagamento per autorità del giudice; come il depositario o cassiere, se la cauzione è costituita in pecunia: saranno esecutati gl'immobili se la cauzione è del genere ipotecario. La diversa natura della malleveria, avendo pure un diverso modo di esplica-

(1) ALAUZET, *Comment.*, num. 329.

(2) Per lo più simili cauzioni si dànno in cartelle e cedole del debito pubblico.

(3) ALAUZET, num. 330 (Parigi, 1° marzo 1848); SIREY, t. XLIX, 2, pag. 220.

Il non commerciante che compra effetti commerciali non dichiara con ciò di voler commerciare. Acquista o vende nell'interesse del suo patrimonio; l'opera mediatrice dell'agente di cambio è per lui una necessità; e fosse pure una semplice comodità, non volendo trattare direttamente un negozio, il mezzo non influisce sul carattere dell'atto rapporto al committente.

(4) *Quantità*, si direbbe, e sino alla proporzione di un reato.

(5) Vedi appresso num. 217, 218, 219, 220.

Digitized by Google

zione, potrà suscitare un certo concorso più o meno complicato di creditori, senza però cangiare sulla speciale indole di questo privilegio: proposizione che veniamo a chiarire nel numero che segue.

216. *Osservazioni sul giudizio di concorso.* Quando non si agisce a vendicare una proprietà, la *res propria* per causa di dominio, nel che non abbiamo concorrenti, ma si tratta di un gius reale di meno esclusiva natura come il privilegio, noi dobbiamo patire necessariamente la concorrenza qualora altri professino diritti analoghi sulla medesima sostanza con una relazione più o meno diretta o con titoli più o meno energici di preferenza. Quindi stanziato l'*oggetto reale* sul quale può esercitarsi una ragione di privilegio, la legge passa a descrivere l'ordine della collocazione concorsuale.

Noi ci poniamo nella posizione di creditori del pubblico mediatore, che, ottenuta la condanna o per via di sequestro assicurativo, secondo le circostanze, chiedono di essere soddisfatti sugli effetti o valori, come si esprime la legge, dati per malleveria. Quali altri creditori possono venire a far concorrenza con essonoi, e disputarci una sostanza che forse non basta per tutti coloro che pretendono avervi diritto?

In altri termini: noi creditori, ai quali è stata data per legge questa malleveria per garantirci dagli abusi di una mediazione alla quale abbiamo dovuto affidarci, nostro malgrado, non potremo noi respingere qualunque altro creditore, qualunque sia il titolo anche privilegiatissimo del suo credito; mentre quel fondo ha una destinazione affatto speciale ed esclusiva pei crediti nostri?

E perchè non dovrebb'esser così? La reale garanzia dei pubblici mediatori deriva da una legge affatto speciale, che ne determina la somma in una proporzione ravvisata *a priori* rispondente alla qualità e importanza degli affari che si può calcolare in una piazza di commercio, e in quel tal ramo di commercio; e per ciascuno di essi in maniera che non possa mai essere minore; e sminuita, debba reintegrarsi sotto le pene fulminate dall'articolo 59. Non sembra dunque possibile che altri creditori, qualunque siano, vengano a dividere con noi il valore della malleveria senza renderla in gran parte illusoria, e togliere alla legge di raggiungere quello scopo che si propose con tanta efficacia e volle mantenuto con tanto rigore.

Le ragioni sono eccellenti; ma ecco come va a risolversi praticamente.

Distinguiamo la cauzione prestata *ipotecariamente* dalla pecuniaria o mobiliare, sia reale o semplicemente fideiussoria. Cosa abbiamo nella prima specie? Una ipoteca che esprime il *maximum* della somma garantita; e, quanto agli effetti, una guarentigia *relativa*, come sono tutte quelle che riposano sopra una ipoteca, dipendente cioè dal valore reale dell'immobile, dalla posizione dell'ipoteca rispetto all altre, dalle circostanze più o meno favorevoli alla vendita dello stesso immobile, ecc. Infine l'ipoteca data come cauzione per l'esercizio di una mediatoria, è una ipoteca come un'altra; il suo oggetto è circoscritto dalla sua iscrizione, ma non si fonda sopra una sostanza reale esclusivamente propria; una tale cauzione è soggetta a tutte le eventualità che una ipoteca può soffrire; deve sostenere un concorso nel quale sarà combattuta da altre iscrizioni che si pretendono prevalenti; potrà vedersi menomata o ridotta al nulla per quel diritto di priorità che hanno i crediti privilegiati; può cadere eziandio per vizi di forma.

Non può dunque parlarsi di oggetto specifico, quasi di un pegno consegnato, quando la cauzione è ipotecaria.

Composta la cauzione in beni mobili, ossia, trattandosi di privilegio sopra *determinati mobili*, secondo l'epigrafe del relativo titolo del Codice civile (articolo 1958 e seg.), è questo il caso in cui il concorso si circoscrive razionalmente e legalmente, poste a giusto riscontro le disposizioni del Codice di commercio con quelle del Codice civile.

Noi abbiamo fatto capo all'articolo 1958, n° 10, trascrivendolo (al n° 214). Quantunque questo privilegio occupi uno degli ultimi numeri della serie, esso ha la sua importanza speciale; e difatti esso non è vinto che dal privilegio generale accordato per le spese di giustizia dall'articolo 1956, n° 1.

Questo diritto reale, la cui prevalenza è raccomandata da motivi supremamente giusti, non è punto una distrazione, se alcuno volesse chiamarla così, dell'oggetto o sostanza della cauzione. Non si discorre di altre *spese di giustizia* fuori di quelle che sono state fatte per causa della stessa sostanza, che è il pegno comune, e nell'interesse del ceto creditorio; e di necessità ne è affetto il pegno, e col valore di esso devono soddisfarsi. Con sì perfetta armonia procedono le leggi civili e le commerciali; e sta quindi nella realtà e nel fatto, che la cauzione stabilita alla pubblica mediazione non soffre per concorso di estranei privilegi quelle diminuzioni onde si toglierebbe a questo imponente preservativo il credito e

la fiducia di cui il commercio ha veramente bisogno.

Può anche avvenire che, stremato il valore della cauzione, o ad ogni modo superata la importanza del valore da quella dei crediti privilegiati che si affollano al concorso, manchi sostanza per tutti soddisfare. Tolto il prevalente privilegio delle spese, è impossibile concepire altra maniera che quella del *contributo*, non essendovi graduazione ove non si ammette nè poziorità di tempo, nè superiorità di privilegio fra i concorrenti.

---

217. Di altri più gravi fatti può rendersi imputabile il pubblico mediatore, sino ad essere colpito dall'azione penale: s'egli sottrae o trafuga documenti, titoli, carte di credito, si appropria danari (articolo 210 del Codice penale); cede alle seduzioni e si lascia vilmente corrompere, ecc., è facile vedere ch'egli si precipita senz'altro nell'abisso della penalità: e in questo aspetto sembrerebbe quasi un pleonasmo quel rimarco dell'articolo 59 — *oltre le pene della falsa dichiarazione*.

Stimo nondimeno che i nostri legislatori, ai quali piacque aggiungere questa riserva, abbiano avuto la loro buona ragione. Mi si permetta analizzare il concetto che io vi trovo riposto.

Il pubblico mediatore può commettere più maniere di falsità: *a)* in atti pubblici e scritture di commercio; *b)* nei propri libri; *c)* nelle dichiarazioni che deve spedire per comando dell'articolo 46, ultimo capoverso.

La materia del falso nel primo caso ha la sua caratteristica negli articoli 342 e 343 del Codice penale: *gli effetti di commercio e gli atti pubblici* falsificati producono al falsario la stessa pena; vuolsi però avvertire che, secondo la premessa distinzione, noi mettiamo in ipotesi che l'agente di cambio non falsifichi il proprio atto, ma quei documenti e quelle carte che gli furono consegnate alla negoziazione.

Nel secondo caso, è a vedersi quale sia la forza provante dei libri o minutari dei pubblici mediatori, onde inferirne il carattere della falsità e il grado del reato. Faremo breve discorso, rammentando ciò che in più luoghi si è detto sulla virtù probatoria dei libri che i pubblici mediatori devono tenere; e poichè non sono a considerarsi *nè atti pubblici nè scritture di commercio*, il falsificatore non cadrebbe che sotto la punizione dell'art. 350.

Io credo invece che gli atti dei pubblici mediatori contenenti *le copie dei contratti fatti coll'opera loro e da essi firmate*, ossia le spedizioni dei contratti, siano *atti pubblici* nel senso dell'articolo 345 del Codice penale.

I libri del pubblico mediatore a lui necessari, impostigli sotto gravi pene, non toccano quel grado di efficacia provante che suol pure assegnarsi ai libri dei commercianti per ragioni altre volte dette (Vedi il commento all'articolo 46). Ma quando dalle memorie e dai registri interni si passa alle certificazioni dei contratti rilasciate sotto la fede della sottoscrizione del pubblico ufficiale, secondo l'ordinamento dell'articolo 46 in fine, non è possibile impugnarle senza querela, o, come dicono, iscrizione in falso. Abbiano o no tali certificati un originale a cui possano riscontrarsi le copie (1), l'atto nella sua manifestazione estrinseca è destinato a far fede *della operazione personale dello stesso uffiziale pubblico*, ed è sostenuto dalla sua qualità in guisa che altri è giuridicamente obbligato a credervi. Il pubblico ufficiale che tradisce questo sacro dovere, dovrà *battersi l'anca* sotto la dura e meritata penalità dell'articolo 345 del Codice penale. Il sapiente redattore del nostro articolo 59 ha voluto armonizzare colla legge penale, posto che le *false dichiarazioni* non potrebbero in verun modo sfuggire alla sua sanzione, malgrado la pena disciplinare della multa.

---

218. La violazione dell'articolo 55 è punita colla sospensione; e colla interdizione in caso di recidiva.

Letteralmente, questa penalità abbraccia amendue i casi, che noi provammo assai diversi, compresi in quell'articolo. Alcuno potrebbe osservare che, se la società dei mediatori *è nulla*, se non produce alcun effetto, la legge è soddisfatta; e quindi può nascere il sospetto che l'articolo 59 non venga a restringersi sull'altro abuso indicato nella seconda parte dell'articolo 55, affinchè ad una sola colpa due pene non si vedessero applicate. La legge peraltro è mossa da due ragioni diverse; e non applica due pene ma una sola. Tali illecite società non estendendosi ai terzi, o almeno altri non concorrendo che in senso di cooperazione e di aderenza ad una società di pubblici mediatori, la legge ha potuto colpire di nullità assoluta questo fatto senza ferire o

(1) Mentre il contratto non esisterebbe meno se il mediatore avesse dimenticato di farne annotazione o memoria nel libro.

Digitized by Google

mettere in pericolo i diritti dei terzi di buona fede (1). Ma questo è l'esito naturale, per così dire, di tutte le associazioni illecite o non approvate in diritto. Quando però il fatto vietato è commesso da chi ha dei doveri speciali, la cui infrazione lo rende responsabile anche di pene disciplinari, alla nullità che non concerne che gli effetti giuridici dell'atto, si aggiunge la pena che colpisce il delitto della persona.

Nella seconda ipotesi dell'articolo non vi ha realmente nullità per la ragione che non si tratta di atto avente un carattere giuridico, ma del genere politico; e la pena corrisponde appunto alla incompatibilità dell'esercizio legale con certi usi della comune libertà, che la legge in quel caso condanna.

219. L'ultimo capoverso dell'art. 59 riassume in una parola tutte le altre contravvenzioni per le quali si violano i moltiplici doveri dei pubblici mediatori per abuso o incompatibilità di esercizio, per usurpazione di funzioni, per negazione d'ufficio (2).

Niuna di tali violazioni va esente da multa: la legge pesa inesorabile. Non è lasciato ai giudici arbitrio alcuno (i pubblici mediatori *sono puniti*), tranne la naturale e legittima facoltà di determinare la materiale esistenza e qualità del fatto.

La legge determina il *maximum* delle nullità: lire 3000 *per ogni contravvenzione*. Non si occupa del limite minimo. Si dovrà forse ricorrere alle *disposizioni analoghe*, secondo la regola generale d'ermenentica stanziata dall'articolo 3 del titolo preliminare del Codice civile per trovare questo minimo? (3). Riferirsi cioè a precedenti disposti di questo art. 59, o meglio all'articolo 61 del Codice penale, che fissa il minimo di ogni multa a lire 51? Non è in materia penale che si deve ricorrere alle analogie; e lo dice espressamente il successivo articolo 4, *delle disposizioni preliminari*, quasi moderando il principio del precedente. È frequente anche negli ordinamenti della procedura civile questo modo lato di esplicarsi della legge che condanna alla multa (4), e può dirsi formola comune in materia civile. Io intendo che il giudice abbia sempre facoltà di spaziare dalla unità monetaria sino alla somma che rappresenta il *maximum*.

—

220. *Sull'articolo* 60.

Quali *sono i casi espressi nell'articolo* 42 del Codice penale? Sono, e non possono essere che reati. Di esempi più o meno abbominevoli ne abbiamo d'ogni specie nella vasta comprensione del Titolo *Sui reati contro la pubblica amministrazione*. Ora la pena della sospensione dalla carica, dall'impiego, dalla funzione si trova espressamente addietta alla pena principale ed ora no (5). L'articolo 42 vi supplisce colla sua determinazione generale che facoltizza ad applicare la sospensione anche a quelle penalità principali. Ecco il testo: « Oltre i casi determinati dalla legge, la *sospensione*, di cui nel precedente articolo, *può aggiungersi*, secondo i casi, *alle pene correzionali* (6) inflitte per delitti commessi con abuso dell'esercizio di una carica, di un impiego, di una professione, di una negoziazione o di un'arte » (7).

Quando adunque il pubblico mediatore non solamente *contravviene* alle discipline commerciali, ma si fa reo di delitto relativamente alla sua professione, *può essere colpito dalla sospensione* per legge penale; e intorno a ciò l'articolo 60 non ha nulla a dire nè può disporre. Dopo questo, e in conseguenza della condanna penale, il mediatore è altresì colpito inesorabilmente (*sempre*) da un'altra sospensione per conto della legge commerciale.

In effetto, e per sua sventura, il pubblico mediatore può mancare alle regole della disciplina commerciale, e può anche fallire al dovere di galantuomo, e macchiarsi di delitto nello stesso ufficio (8). La legge di commercio

(1) Se la società non è *principale* fra i mediatori, o non è principale per l'oggetto, cioè per l'esercizio illecito della mediazione, si è avvertita all'articolo 53) la posizione giuridica dei terzi.

(2) In relazione agli articoli 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 43, 55, 51.

(3) Che in effetto non sarebbe il *minimo*, ossia la unità monetaria, ma sempre di più.

(4) Esempi gli articoli 66, 127, 313, 314, 795, 558, 786, 787, 287, ecc.

(5) Trovasi addietta negli articoli 194, 198 ed altri; non si vede espressa negli articoli 205, 215, 226, 236, 241, 244, ecc., del Codice penale. In tutti questi casi ha la sua efficacia suppletiva l'articolo 42.

(6) *Alle pene correzionali* — perchè le criminali portano con sè la interdizione e la privazione assoluta.

(7) Talvolta la *sospensione* è pena principale (articoli 197, 225, 235, 240, ecc., del Cod. penale).

(8) Per esempio, il sensale lavora per mezzo di commesso contro il precetto dell'articolo 36 del Codice di commercio, e nello stesso tempo riceve dei donativi da una parte per imbrogliar l'altra, e cade sotto la sanzione dell'articolo 217 del Codice penale.

Digitized by Google

non poteva nè doveva per certo fare ostacolo alle giuste coercizioni della penalità. Ma doveva forse inasprirle aggiungendovi pene sue proprie, e dipendenti dalla condizione di una condanna penale?

Io forse non intendo bene questo vergine articolo, non conoscendo che sia ancora venuta l'occasione di applicarlo; e sarei proprio felice di potermi appoggiare in qualche esempio. È duro a credere che espiata la pena correzionale, coll'appendice della sospensione, che, secondo l'articolo 45 del Codice penale, è fissata da quindici giorni a tre mesi, vengasi aprendo avanti il giudice civile, un'altra procedura, che, fondata sulla condanna penale, infligga un'ulterior sospensione che non sarebbe altro che un inasprimento della stessa condanna, quasichè il Codice penale non abbia avuto in riflesso la sua qualità di pubblico ufficiale, e in questo riflesso non abbia aggravata la pena!

Ma per quanto io rivolga le parole di questo testo, non so cavarne altra conseguenza. Appresso si potrà domandare se la sospensione per conto del Codice di commercio potrà essere di più lunga durata che quella che il mediatore ha già subita per effetto della condanna penale. E si è costretti di rispondere affermativamente; mentre, per ciò che si è veduto nell'art. 59, essa può giungere sino ai sei mesi.

Articolo 62.

Le pene pecuniarie, la sospensione e l'interdizione sono pronunziate dall'autorità giudiziaria ordinaria.

La Camera di commercio o il municipio dà pronto avviso delle contravvenzioni al procuratore del re.

Il sindacato dei mediatori pubblici denunzia i contravventori alla Camera di commercio o al municipio.

221. *Incompetenza del Tribunale di commercio a giudicare dei fatti di contravvenzione imputati ai pubblici mediatori. Competenza dell'autorità civile.*
222. *Traccia di metodo processuale.*

---

221. Questo articolo non ci lascia il menomo dubbio sulla incompetenza del Tribunale di commercio a giudicare delle contravvenzioni imputate ai pubblici mediatori. Lo accennare all'*autorità giudiziaria ordinaria* basterebbe per metterne fuori quella di commercio. Non è meno decisiva, per così concludere, la necessaria intervenzione del *procuratore del Re*, che mai non comparisce nelle cause commerciali.

Ma qui la legge di commercio, che non vuole nè deve influire sui principii della procedura generale, sembra cautamente arrestarsi, non facendo precisamente intendere se quest'*autorità giudiziaria ordinaria* sia la civile o la penale.

Il carattere di *contravvenzione* che distingue codesti biasimevoli fatti del pubblico mediatore, sembrerebbe portarci sul terreno penale; poichè soltanto il Codice penale si occupa di contravvenzioni che formano la terza ed ultima categoria dei reati.

Non basta tuttavia che la violazione di una legge sia designata col nome di *contravvenzione*, e ne abbia il vero carattere (1) perchè sia tosto compresa nella giurisdizione penale. È d'uopo che sia contemplata nelle varie classi e denominazioni specifiche che si raccolgono sotto il titolo delle contravvenzioni. Il Codice di commercio non voleva e non poteva crearne una nuova. Solo dànno luogo all'azione penale (articolo 1° del Codice di procedura penale); ma non vi è nessun reato generico: tutti i reati sono enunciati, descritti, e caratterizzati dalle pene corrispondenti.

Scorrendo gli articoli 685, 686, 687 del Codice penale, non vi si legge alcuna contravvenzione di questa specie. In realtà essa non esiste che in relazione al commercio, alle precauzioni e alle discipline, che formano una delle sue guarentigie; nè mai una siffatta contravvenzione può ascendere sino al grado di una perturbazione dell'ordine pubblico, in guisa da poterla rassegnare fra i reati, siano pure dell'infima classe.

Che se vi si parla di *multa*, di *sospensione*,

---

(1) *Contravvenzioni* diciamo propriamente le violazioni delle leggi che riguardano un certo ordine esterno e di polizia.

Digitized by Google

d'*interdizione*, vere penalità, è abbastanza noto che l'autorità civile, se non come oggetto della propria giurisdizione, certo quale accessorio di altri fatti della sua competenza, può pronunciare pene consimili, come si vede in ogni parte della procedura civile.

222. Ci resterebbe a dire una parola sul metodo della procedura.

Non essendo questa specialità considerata nel Codice giudiziario, bisogna trovarvi delle forme analoghe. Ce le fornisce, io credo, a sufficienza l'articolo 62.

Ivi è detto: « Le pene pecuniarie stabilite « da questo Codice e dal regolamento per la « sua esecuzione, si applicano sulla richiesta « del ministero pubblico e anche d'ufficio ». Il modo di procedere è bene delineato nelle parole seguenti: « Chi sia stato condannato ad « alcune delle dette pene senza essere sentito « prima nelle sue discolpe, può farle valere, « nei dieci giorni successivi alla notificazione « della sentenza o della ordinanza, con ricorso « diretto all'autorità giudiziaria che ha ordi- « nata la pena. — L'autorità giudiziaria, sen- « tito il pubblico ministero, se riconosce legit- « time le discolpe, revoca la condanna con de- « creto. — Del decreto è fatta annotazione in « margine della sentenza od ordinanza ».

L'autorità giudiziaria può applicare *anche d'ufficio* le pene pecuniarie; ma allora soltanto ch'essa, regolarmente investita di una cognizione principale, si trovi in dovere di applicarle o come accessorio di una condanna pure principale, o come inerente alla violazione di qualche ordinamento della stessa procedura.

Quando l'oggetto di un giudizio è la pena conseguente di una infrazione disciplinare, l'autorità giudiziaria manca d'iniziativa, e quindi non può decretarla d'*ufficio:* tanto meno quando la legge ha insegnato come e per quali organi tali azioni si promuovono. Ciò sia detto a schiarimento delle prime parole del citato articolo 62.

Non credo però che in casi di una certa gravità e pubblicità la iniziativa manchi al pubblico ministero nella sua missione generale di far rispettare la legge anche coi mezzi della repressione. Io sono persuaso che la Camera di commercio e il comitato sindacale faranno sempre il loro dovere; ma se parzialità o favore mai rallentasse questo penoso assunto, il pubblico ministero farà ciò che a lui spetta.

A quale autorità giudiziaria immediata si rivolge il procuratore del re? Al presidente del Tribunale civile, non tanto per un rapporto di disposizioni analoghe, quanto per una relazione generale a tutto il sistema della procedura civile. O si tratti di giudizi contradditorii o di procedimenti stragiudiziali, o di carattere misto, come vediamo ad ogni voltar di pagina della procedura (1), il presidente è la magistratura che prima s'invoca, ed ora con suoi rescritti introduce al giudizio, ed ora esercita facoltà sue proprie, più o meno determinative, sulla soglia, si direbbe, dello stesso giudizio.

La istanza che fa il pubblico ministero è una *richiesta* (art. 62): conserviamo questo nome: più autorevole di una semplice istanza, essa eccita la giurisdizione del tribunale che *è obbligato* a deliberare. Il presidente stabilisce il giorno della udienza in Camera di consiglio; delega un giudice per riferire; con ordine di cancelleria invita per quel giorno l'agente di cambio o sensale imputato di contravvenzione ad esporre le sue difese. L'imputato può comparire, io credo, per mezzo di difensore. Questa facoltà è inerente alla naturale libertà della difesa (2); e dove la legge ha avuto ragioni per limitarla, l'ha dichiarato (3).

L'articolo 62 fa anche il caso di una condanna senza essere stato intimato a difendersi: io ritengo che ciò alluda specialmente alle condanne rese d'*ufficio:* non so farmi capace di una procedura iniziata contro un preteso colpevole, e proseguita *inaudita parte.* In niun caso però può un tale giudizio, per la sua indole assolutamente disciplinare e repressiva, passare in contraddittorio colle forme ordinarie. Il mediatore è circondato di autorità che lo guardano, e, direi così, gli pesano sopra da tutte le parti; non può combattere nè colla Camera di commercio nè coi sindaci, quali suoi contradditori. Ciò che gli resta a fare, e può essere nel suo diritto, si è quando sia colpito da accuse imprudenti o manifestamente erronee (non voglio dire calunniose), riservarsi delle azioni ed esercitarle personalmente dopo l'esito del giudizio.

(1) Esempi, fra molti altri, negli articoli 170, 172, 178, 181, 755, 779, 800, 802, 838, 915, ecc.

(2) Di attuarla con tutti i mezzi legittimi.

(3) Articolo 807 della procedura.

30 LUG 1882

Digitized by Google

Articolo 63.

Il pubblico mediatore che cade in fallimento, è interdetto di diritto dal suo uffizio, salvo inoltre il disposto dall'articolo 700.

223. *Se la interdizione s'incorra* ipso jure — *non solo dalla dichiarazione giudiziale di fallimento, ma dalla cessazione dei pagamenti.*

224. *Il mediatore pubblico può fallire e come tale, e come commerciante.*

---

223. Il mediatore pubblico che cade in fallimento, è per ciò stesso colpevole di bancarotta semplice, dice l'articolo 700, e ne vedremo la causa. Il giudizio di bancarotta è essenzialmente penale (articoli 381 e seg. del vigente Codice di commercio). Intanto *la faillite crée une incapacité absolue*, nota ALAUZET all'art. 83 del Codice di commercio francese.

Questione, se la interdizione cominci *dalla dichiarazione di fallimento*. La legge non accenna alla *dichiarazione*, ma allo stato di fallimento *simpliciter:* e sappiamo questo stato consistere pel commerciante nella *cessazione dei suoi pagamenti*. Questo motivo può valere per la più rigorosa applicazione del testo.

Ma qualche dubbio c'è ancora; vediamolo.

Gli scrittori che si occuparono della specialità dei mediatori, quali MOLLOT e BÉDARRIDE (commentando l'articolo 83 del Codice di commercio francese), ne trattano in modo indiretto, e piuttosto porgendo argomenti alla stessa opinione negativa. Si fermano in una questione alquanto diversa: si fanno ad esaminare *se la cessione dei beni*, comunque susseguita da accomodi, o fors'anche interrotta da transazione, costituisca l'agente di cambio nella condizione di un fallito per desumerne l'interdizione dall'esercizio della sua professione in confronto dell'indicato articolo 83 (1).

Discordi fra loro quegli scrittori, sembra però che i precedenti della legislazione francese (cioè anteriore al Codice) offrissero nozioni sufficienti per ritenere che la *cessione dei beni*, quantunque rimedio meno disonorevole ed acerbo, fosse nondimeno motivo legale d'interdizione.

E io non ne dubito punto; ma si era in presenza di un fatto stabilito, pubblico, indubitato; ed è questo che va a formare il dubbio grave in materia di fallimento; e in ispecie del fallimento di un agente di cambio.

Noi supponiamo che un agente di cambio, immemore dei suoi doveri di professione, siasi dato al commercio. Potremo però supporre che il suo esercizio di commerciante abbia un vero interesse, una vera notorietà nel pubblico, senza avere risvegliato un giusto allarme su tutta la linea dei magistrati che lo sorvegliano, che lo avrebbero già ammonito e sottoposto a gastighi? Dee credersi piuttosto ad un commercio, se non occulto, almeno riservato; per cui il suo fallimento, lo diremo ad onore di quei signori, sarà una specie di sorpresa nel mondo commerciale. Prima del fallimento commerciale sarà difficile cogliere l'agente di cambio in flagrante violazione dell'articolo 63. Supposto ch'egli abbia dei dissesti nel suo piccolo, o più o meno occulto, giro commerciale, abusivamente intrapreso, e convocati i suoi creditori, si componga evitando il fallimento giudiziale e la bancarotta, egli avrà certamente violato l'art. 53, ma sentirei di dubitare quanto all'applicazione della legge presente che porta ben maggior danno e infamia. Io non vorrei dire adunque, in principio assoluto, non potersi applicare la interdizione se non pubblicato legalmente il fallimento: vi sono dei falliti disperati che non accomodano mai i loro affari, e non sono neppure perseguitati, perchè non si sa che costrutto cavarne. Ma dovrebbe aversi una certa notorietà e una certa estensione d'impegni insoddisfatti; insomma, nella realtà, un fallimento deciso.

224. Il pubblico mediatore fallisce e come tale e come commerciante. Io fisserò sin d'ora questa proposizione, che forse molto più avanti dovrò ripetere. Fallisce come mediatore quando si espone a gravissime responsabilità della professione, superanti l'importare sempre limitato della cauzione. Non potendo soddisfarle, cade in fallimento. A siffatti disordini non è mai straniera la speculazione commer-

---

(1) « Ceux qui ont fait faillite ne peuvent être agents de change ou courtiers, s'ils n'ont été réhabilités » (articolo 83).

Digitized by Google

ciale; egli l'ha più o meno abilmente mascherata sotto la divisa ufficiale. Ma se pure non c'entrasse, la sua professione, benchè non sia di commerciante nel senso lato, la è rapporto a quel dato ramo d'intromissione commerciale ch'egli esercita (1). Ciò basta alla logica giuridica per fare di lui un fallito nel senso rigoroso della parola. Egli è già sulla strada della bancarotta non solo semplice, ma eziandio fraudolenta. Fallisce il mediatore come commerciante quando le sue operazioni sono effettivamente del genere comune del commercio.

Articolo 64.

Il pubblico mediatore che esercita le sue funzioni non ostante la sospensione o l'interdizione, è punito a norma dell'articolo 32 del Codice penale.

225. *Questo articolo, che non sfugge alla critica per la forma almeno con cui si esprime, è semplicemente un rinvio alle disposizioni penali che fossero in tal caso applicabili.*

---

225. Dice l'articolo 32 del Codice penale: « Se il condannato contravverrà alla sospensione, di cui nel precedente articolo (2), sarà « punito colla pena del carcere estendibile a « mesi sei; ferma stando la durata della so« spensione ».

Eccoci ad un altro richiamo del Codice penale. Queste non sono tra le felici novità del Codice di commercio.

L'oggetto del richiamo dell'articolo 42 (come si è dimostrato al nostro nº 220) era di aggiungere pena a pena; poichè quando il giudice penale condannasse l'agente di cambio per i reati che portassero anche la *sospensione*, comunque una tal pena fosse sfuggita alle previsioni del Codice di commercio, e il Codice di commercio non avesse, com'è naturale, saputo o dovuto infligger pena ad un fatto avente carattere di reato, si faceva però legge nell'articolo 60 che, dopo la condanna della sospensione irrogata dal giudice penale, tosto un'altra dovesse seguirne per conto del Codice di commercio.

Nel caso attuale non si tratterebbe invero di duplicare la pena; ma piuttosto di stabilire una comminatoria, o una *pena di pena:* in qual modo cioè dovrebbe punirsi colui che violasse il precetto della sospensione; perchè la legislazione di commercio non ha altra materia penale da somministrare. Ora il nostro articolo 64 è veramente una disposizione, o anzi un puro e semplice rinvio, diciamolo pure richiamo, all'articolo 32 del Codice penale?

Disposizione non può essere, mentre non si comprende come una pena afflittiva possa introdursi in un Codice di commercio; e come il giudice penale dovesse pronunciare l'osservanza e testualmente applicare un articolo del Codice di commercio. Resta dunque che invece di una disposizione sia *un voto*, un desiderio che il giudice penale vorrà, quando gli occorra, e stimerà debito suo, di punire colla prigione sino a sei mesi, l'infrazione di una sospensione inflitta semplicemente per mancanza alle discipline commerciali (3). Non si possono far entrare dei nuovi articoli nel Codice penale, e sembra che il Codice di commercio non avrebbe dovuto far altro che ordinare il movimento dell'azione penale per gli effetti che sarebbero di ragione.

Ecco adunque la sostanza dell'articolo: il fatto appartiene alla cognizione penale; il sindacato dei mediatori ne farà la debita denuncia al procuratore del Re, il quale promuoverà l'azione penale. Quella giurisdizione avrà un materiale certo e legittimo, la *sospensione*, che sarà stata pronunziata dal giudice civile. Non avrà che a confrontarci il fatto della violazione, materia del reato; e avveratolo, applicherà la pena.

---

(1) Vedi il nostro articolo 190.

(2) Articolo 31: « La sospensione dall'esercizio dei pubblici uffici consiste nella esclusione per un certo tempo del condannato dall'esercizio dei diritti politici e di qualunque altra funzione, impiego od ufficio pubblico; salva la particolare disposizione dell'articolo 193 ». Questo concerne fatti relativi a diritti elettorali.

(3) Pareva che la violazione del precetto, che in sostanza era un nuovo delitto, avesse dovuto punirsi con mezzi repressivi analoghi: per esempio, colla interdizione, e nulla più logico di questa evoluzione penale.

Digitized by Google

Articolo 65.

I nomi dei pubblici mediatori interdetti dal loro uffizio sono cancellati dall'elenco.

I nomi dei pubblici mediatori sospesi sono affissi a lato dello stesso elenco.

Articolo 66.

I sensali che non sono pubblici mediatori, non hanno alcun diritto per la mediazione, e non hanno azione che a conseguire la mercede delle loro operazioni a norma degli accordi, o, in mancanza, in proporzione del tempo impiegato.

Quest'azione si prescrive col decorso di due anni dall'operazione: la prescrizione non è interrotta che a norma dell'articolo 58.

226. *Del carattere giuridico in generale attribuito al mediatore non ufficiale; e come convenga e differisca da quello del mandatario.*

227. *Sul diritto della mercede ad affari conchiusi, anche non seguendo il contratto per fatto di una delle parti.*

226. Malgrado quella che potrebbe chiamarsi mediazione artificiale, resta alla naturale, a quella cioè dei mandatari, larghissimo campo; se non che qui si riscontra una specie di uomini che fanno una professione, non soggetta a certi ordini e prescrizioni legali, ma nota, pubblica, avente tuttavia un carattere giuridico suo proprio; che non ha un esercizio circoscritto, e non può eccedere certi limiti; una professione che per ciò solo, e per essere entrata nel dominio della pubblica opinione, attribuisce dei diritti e impone degli obblighi correlativi al modo con cui viene generalmente intesa.

La legge civile parla di mandatari e non di mediatori: la legge di commercio parla invece di mediatori non ufficiali, siccome riconosciuti esercenti legittimi che hanno diritto ad una mercede. Ogni mediatore in origine è un mandatario, giusta le cose per noi lungamente discorse sui mediatori ufficiali. Il mediatore *non necessario* (che potrebbe aspettare i clienti allo studio come il procuratore) è un uomo sempre sulle mosse per iscoprire fra le agitazioni sociali qualche affare che spunti e metta a così dire il capo fuori, pronto ad afferrarlo. Questa sua spontaneità d'iniziativa, che è quasi il suo modo ordinario di entrare negli affari, è d'altrettanto pieghevole; se non riesce si ritira tosto, salvo di tornare alla carica poco dopo in un momento più favorevole. Infine quando tratta seriamente, egli è un mandatario accettato, e lo costituisce tale la mediazione che presta col tacito consenso degli interessati, che si riservano sempre l'ultima parola.

Ma egli non occupa la precisa posizione del mandatario, nè quella del mandante la parte per la quale opera. Lascio stare che vi sono dei sensali abituali ed altri di mera occasione, e qui la cosa diversifica non poco. Quanto ai sensali abituali e conosciuti, non sono obbligati a condurre precisamente a termine un negozio alla guisa del mandatario comune, che per lo più agisce in assenza del mandante, ne rappresenta la persona, ed ha una mole di responsabilità molto più estesa. Il mandante è sempre libero, ma qui può dirsi più libero del solito; egli accetta l'opera del sensale come quella che gli può tornar vantaggiosa; ma non è legato con lui; non gli deve risponder di nulla s'egli si pente o prende un'altra direzione, pendenti ancora le trattative.

Di codesti singolari rapporti giuridici fanno silenzio le leggi nostre e civili e commerciali, ma vi sta dietro la pratica e la giurisprudenza, ed è inutile parlarne d'avvantaggio, anzi ci condurrebbe lungi dal tema. Il Codice di commercio si occupa della mercede.

227. L'adozione di questo articolo basta a mostrare che si allude a mediazioni prestate in cose commerciali. Le prime parole non sono fatte per incoraggiare i sensali, per così dire, estravaganti. Esse esprimono che per loro non vi è tariffa legale, nè alcun diritto di compartecipare in una misura qualunque sulla importanza ed entità dell'affare. Intanto non vi è nessun sensale oggidì che voglia trattare senza avere concordato un premio sempre dipendente dall'esito. La legge stessa lo autorizza e ogni quantità si ammette, eccettochè

Digitized by Google

il raggiro e la frode non vi avesse avuto la sua parte. Del resto la nostra legge che in mancanza di accordo retribuisce il sensale *instar laboris*, è la legge di tutti i tempi (1).

Ciò s'intende semprechè l'affare riesca: il sensale è un vero *negotiorum gestor*, che non si compensa se non per le opere utili. Ma giustizia per tutti. Il còmpito suo è quello di riunire le parti e di portarle alla conclusione del negozio. Se a questo punto uno recede, muta avviso, sta bene, niuno potrà costringerlo; dovrà nonostante retribuire il sensale o della promessa o del tempo impiegato, anche con indennizzo dell'altra parte (2).

Articolo 67.

Per tutto ciò che riguarda la negoziazione e trasmissione di proprietà degli effetti pubblici, è disposto da leggi e regolamenti particolari.

APPENDICE

LEGGE 8 AGOSTO 1854 (Num. 85).

VITTORIO EMANUELE II

RE DI SARDEGNA, ECC.

Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato; Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:

CAPO I.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

Art. 1. Sono riconosciuti pubblici mediatori gli agenti di cambio ed i sensali ammessi ad esercitare il loro ufficio nel modo indicato dalla presente legge.

Il numero sì degli uni che degli altri è illimitato, e possono essi stabilirsi in qualunque Comune dello Stato.

Art. 2. I soli agenti di cambio riconosciuti possono esercitare gli atti appartenenti a questo ramo di mediazione (3).

Art. 3. Gli atti spettanti agli altri generi di mediazione possono essere esercitati anche da chi non è riconosciuto pubblico mediatore.

(1) Leg. 1 e 3 Dig. de proxenet. Domat, *Loix civ.*, liv. I, tit. XVII, sect. 1; Marquard, *De jure mercat.*, l. I, c. 8; Stracca, *De proxenet.*, p. ult.; Giraldin, *De univ. negot.*, tom. I, cap. 3, art. 4; Azuni, v° Sensale.

(2) Ansald, *De commerc.*, disc. 80, n° 26; Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. XXVI, tit. VIII, n° 28; Stracca, opera citata.

(3) La Legge del 1854, che qui riportiamo, fu realmente in alcune parti modificata per la necessità di trasferire nel nuovo Codice le più sostanziali sue disposizioni che servivano a completare quello del 1842; e rimase in molte parti imperfetta, quantunque la Commissione dicesse che non credeva di aver mandato per riformarla (verbale del 12 aprile 1865), facendo voti onde il Governo promulgasse un nuovo e generale ordinamento.

Questa legge essendo stata emanata posteriormente al Codice albertino, non aveva bisogno di dichiarare quale fosse il ramo della mediazione esclusiva agli agenti di cambio, risultando dagli articoli 77 e 78 del Codice suddetto.

Digitized by Google

Art. 4. Non sono però applicabili che agli agenti di cambio ed ai sensali, di cui all'articolo primo, gli obblighi, i divieti e le prerogative che le leggi attribuiscono ai pubblici mediatori.

Ad essi soli sono riservati gli atti dalle leggi e dalle sentenze dei tribunali affidati in modo speciale al ministero dei mediatori.

Questi atti fatti da altri, ove esistono agenti di cambio e sensali pubblici, sono nulli (1).

CAPO II.

CONDIZIONI D'AMMESSIONE

Art. 5. Per essere riconosciuto mediatore sono richieste le seguenti condizioni:

a) L'età d'anni ventuno (2);

b) Il godimento dei diritti civili;

c) Il non trovarsi nel caso preveduto dall'articolo 86 del Codice di commercio (3);

d) Il non aver patito una condanna criminale qualunque, salvo il caso di ottenuta riabilitazione, o una condanna correzionale per bancarotta, furto, truffa, abuso di confidenza o reato contro la fede pubblica (4);

e) Due anni almeno d'esercizio della professione di negoziante, o di pratica appresso un banchiere, un negoziante o un mediatore del genere cui si aspira;

f) La prova d'idoneità all'esercizio della mediazione cui s'intende d'applicare, mercè l'esame che viene subito nella forma stabilita dai regolamenti fatti dalle rispettive Camere di commercio ed approvati dal Governo (5).

Da questo esame sono però dispensati i negozianti all'ingrosso che hanno già esercitato il negozio per proprio conto durante lo spazio almeno d'anni cinque.

g) Una cauzione determinata dal Governo, sentita la rispettiva Camera di commercio

---

(1) Queste disposizioni sono riassunte negli articoli 34 e 35, e completate coll'art. 66 del nuovo Codice.

(2) Non vi sarebbe alcuna ragione per non ritenere questo disposto in piena osservanza. È vero che il minore emancipato che ha compito 18 anni può essere autorizzato al commercio (articolo 4 del Codice di commercio); ma non ne segue che abbia qualità per esser nominato pubblico mediatore: 1° Perchè nel 1854 vigeva il Codice albertino, promulgato nel 1842, che disponeva egualmente rapporto all'abilitazione del minore; 2° Perchè altro è fare una negoziazione anche limitata per sè, ed altro assumere i gravi incarichi di pubblico mediatore.

(3) Cioè *nello stato di fallito non riabilitato*. Ora abbiamo l'articolo 63 del Codice che dichiara che il fallimento porta *la interdizione di diritto;* e per conseguenza è impedimento alla nomina. È necessario arrivare dal fallimento alla riabilitazione. Indi vi ha un tratto di tre anni prima di essere ammesso secondo l'articolo 61.

(4) Secondo l'articolo, una condanna patita *per bancarotta*, inabilita per sempre alla mediazione. Questo punto è modificato dal novello Codice, se si parli soltanto di *bancarotta semplice*. Si è visto che il fallimento del pubblico mediatore ha sempre con sè questa *qualità aggravante*. Tuttavia si può ottenere la riabilitazione (articolo 721 del Codice di commercio). Dalla riabilitazione dovrà trascorrere un intervallo incolpabile di tre anni (articolo 61).

(5) È noto che la Legge dell'8 agosto 1854 sui mediatori pubblici venne accompagnata da un Regolamento dello stesso giorno, che abbiamo creduto superfluo dare per esteso. Nondimeno se ne verrà facendo un compendio ai luoghi opportuni.

Sui modi e sulle materie degli esami, e circa le persone avanti le quali dovrebbero farsi, esistono regolamenti anche più speciali e mutabili che il regolamento in esecuzione della legge imponeva: le singole Camere di commercio propongono ancora al Governo le cauzioni da prestarsi secondo il ramo della negoziazione e la sua importanza locale (articoli 1, 2, 3 e 4 del suddetto Regolamento). La entità generale, ossia il *maximum*, della cauzione, è fissata alla lettera *g*): qui adunque non si tratterebbe che di proporzionarla e distribuirla a norma di opportunità.

Nel capitolo II del Regolamento s'ingiunge doversi dirigere alla Camera di commercio la domanda per essere ammesso mediatore, e in mancanza, al Municipio, unendovi le prove dei requisiti stabiliti dall'articolo 5 della Legge. Munito dell'attestato di ammissibilità all'esame, riportata l'approvazione, il candidato offre la cauzione al Ministero, che sente il parere della Camera di commercio rispettiva (articoli 6 e 8 del Regolamento). Sentito l'avviso della Camera sindacale, il nome del pubblico mediatore è iscritto al ruolo (articolo 9). La iscrizione può essere negata dalla Camera di commercio per difetto di qualche requisito che dev'esser costante (art. 10); può portarsi ricorso all'intendente, oggi prefetto, della provincia (art. 11).

ed i Municipi, per ciascun genere di mediazione e secondo l'importanza dei Comuni, nei limiti di cinquemila lire a trentamila per gli agenti di cambio, e di lire mille a cinquemila per i sensali (1);

h) Essere inscritto nel ruolo di cui all'articolo 10 della presente legge.

Art. 6. La stessa persona può esercitare cumulativamente più specie di mediazioni, purchè adempisca alle condizioni richieste dalla legge per ciascheduna, e se esercita la professione d'agente di cambio e di pubblico sensale, presti la cauzione prescritta per ambi quei due rami di mediazione (2).

Cessando però l'esercizio dell'uno o dell'altro genere di mediazione, può far ridurre la cauzione a quella sola prescritta pel genere che ritiene.

Art. 7. L'approvazione, la riduzione e lo svincolamento della cauzione sono pronunciati dal ministro delle finanze e del commercio, previo parere delle rispettive Camere di commercio.

Le domande di riduzione e svincolamento della cauzione debbono essere preventivamente pubblicate nel Comune di residenza del mediatore durante gli ultimi due anni d'esercizio del suo ufficio, non che alla borsa, se vi esiste, e nella sala del Tribunale di commercio, ed annunciate nel giornale ufficiale del Regno.

Chiunque si crede in diritto d'opporsi a tali domande deve presentare le sue opposizioni alla segreteria della Camera di commercio entro il termine di tre mesi dalla data di detta pubblicazione e dell'annunzio nel giornale del regno (3).

Art. 8. La cauzione dei mediatori è addetta per privilegio:

1° Alla guarentigia delle condanne intervenute in dipendenza dell'esercizio delle loro funzioni;

2° Al pagamento delle pene pecuniarie incorse dal mediatore, e della tassa di patente.

Art. 9. L'iscrizione al ruolo è ordinata dalla Camera di commercio, ed in difetto dai Municipi, sulla presentazione dei documenti comprovanti l'adempimento delle prescritte condizioni, sentito l'avviso della Camera sindacale, dove esiste.

Questo ruolo esprime la specie ed il ramo di mediazione cui ciascheduno degli inscritti è addetto.

Esso è e rimane sempre affisso alla sala del Tribunale di commercio, della borsa, della Camera di commercio, ed in difetto del Municipio, e finalmente della Camera sindacale (4).

---

(1) Secondo gli ultimi scrittori francesi, la cauzione per gli agenti di cambio di Parigi è di franchi 125,000; a Lione, Marsiglia, Bordeaux, Rouen di franchi 15,000, e discende. Pei sensali, di franchi 15,000 a Parigi per quelli di merci; a Lione di 15,000 per quelli delle sete, e di 9000 per le altre. A Parigi vi è pure la istituzione di una Cassa di mutuo soccorso fra gli agenti di cambio, come oggi si dice, con un fondo di lire 50,000; istituzione che si fa risalire al 1819.

(2) Questo articolo forma il 43 del nuovo Codice.

(3) Il capo VII del Regolamento si dedica alla *riduzione e svincolamento delle cauzioni*.

La domanda si propone al Ministero delle finanze. Copia della domanda si spedisce nel Comune ove il richiedente ha esercitata la mediazione negli ultimi due anni o per tutto il tempo in cui è stato mediatore, benchè minore di due anni, ovvero nel Comune in cui esercita benchè da meno di due anni, ed in quello o quelli dove esercitava la mediazione precedentemente e pel restante spazio di tempo a compiere i due anni. — La domanda sarà pubblicata alla borsa, nella sala del Tribunale di commercio e nel giornale ufficiale del Regno (articolo 28). I Municipi, i Tribunali di commercio e le borse invieranno al Ministero delle finanze l'attestato delle seguite pubblicazioni e il comunicato delle opposizioni (articolo 29). Il Ministero prima di provvedere alle riduzione o svincolo, interroga una o più delle Camere di commercio nel cui distretto trovansi il Comune o Comuni ove sono seguite le pubblicazioni (art. 30).

Osservazioni. — Lo svincolo della cauzione non si comprende che qualora il pubblico mediatore voglia ritirarsi dall'esercizio. La *riduzione* può anche farsi, abbandonato per esempio uno dei rami della mediazione, e riuscendo troppo grave la cauzione atteso il decadimento degli affari, ecc.

(4) Il *ruolo* o *elenco* dei pubblici mediatori si vede enunciato negli articoli 44 e 63 del Codice.

La *formazione del ruolo* è materia del capo III del Regolamento. La sua compilazione è ufficio della Camera di commercio o del Municipio (articolo 12). Le copie sono sottoscritte dal presidente della prima o dal sindaco del Comune e dal segretario (art. 13).

Dal ruolo o elenco si vengono cancellando i nomi dei mediatori pubblici che non sono in pareggio colla rispettiva cauzione, o che non l'hanno prestata, o hanno perduti alcuni requisiti per cui furono degni di figurare nell'elenco (art. 16). Viene indicata la sospensione mediante una lista della *dei mediatori sospesi*, e si cita la sentenza di condanna; lista che si affigge accanto all'elenco ordinario (articolo 17).

Digitized by Google

Art. 10. Appartiene pure alla Camera di commercio, ed in difetto ai Municipi sull'istanza e sul parere della Camera sindacale, dove esiste, e sentito il mediatore incolpato, di mandar cancellare dal ruolo i mediatori che hanno incorsa la perdita d'alcuno dei requisiti voluti dalla presente legge per essere riconosciuto pubblico mediatore.

Dalle relative deliberazioni della Camera di commercio e dei Municipi, il mediatore, a cui odio è stata ordinata la cancellatura, può ricorrere al Ministero se la deliberazione fu della Camera di commercio, ed all'Intendente se fu del Municipio (1).

CAPO III.

SPECIALI OBBLIGHI E DIVIETI

Art. 11. I mediatori riconosciuti, oltre agli obblighi loro imposti dal Codice di commercio, ai quali non rimanga derogato colla presente legge, sono tenuti alli seguenti:

1° Gli agenti di cambio sono tenuti a dichiarare giornalmente alla borsa le negoziazioni seguite a loro mediazione (2);

2° I sensali riconosciuti sono obbligati a fare simili dichiarazioni alla borsa, ove esiste, in difetto alla Camera di commercio, ed ove non esista nè borsa nè Camera di commercio, al Municipio non meno d'una volta per settimana, nelle forme che saranno prescritte dai regolamenti fatti dalle Camere di commercio, e nei giorni che verranno determinati dai Municipi.

Siffatte dichiarazioni comprendono le sole negoziazioni, il cui valore ammonta almeno a lire cinquemila se trattasi di fondi pubblici e sete, ovvero almeno a lire mille se trattasi di altre merci.

Tuttavia è fatta facoltà ai Municipi di prescrivere ai sensali di granaglie e di altri prodotti dell'industria agricola di comprendere nelle dichiarazioni a farsi anche le negoziazioni d'un valore inferiore a lire mille;

3° Tanto gli agenti di cambio quanto i sensali riconosciuti debbono essere costantemente muniti di libretto, dispensato dalla formalità del bollo, destinato ad annotarvi anche a semplice matita, al momento della loro conclusione, tutte le operazioni a loro mediazione seguite, indicandone sommariamente l'oggetto e le condizioni essenziali, con rimetterne senza indugio la relativa nota per essi firmata alle parti interessate.

Queste stesse operazioni debbono quindi essere entro la giornata in modo più particolarizzato registrate nel libro prescritto all'articolo 87 del Codice di commercio, con darsi in conformità di esso alle parti, se la richiedono, copia pure firmata dal mediatore del contratto nei termini medesimi in cui fu posto a registro.

Questa copia, dove porti la firma delle parti, autenticata dal mediatore, fa piena fede in giudicio;

4° Sono inoltre obbligati gli uni e gli altri a manifestare il nome d'una delle parti, fra le quali interpongono la loro mediazione, all'altra che desideri conoscerlo e che ne faccia la domanda prima della conclusione del contratto, tranne i casi in cui vi sia instantanea consegna della cosa e del prezzo (3).

Art. 12. Ai divieti già contenuti nel Codice di commercio sono aggiunti i seguenti:

1° È vietato ai pubblici mediatori di collegarsi in società per l'esercizio della mediazione. Simili società sono nulle e di nessun effetto.

I soci che le formano incorrono inoltre nella pena della sospensione da tre a sei mesi. In caso di recidiva, in quella dell'interdizione.

Sarà però lecito ai pubblici mediatori di riunirsi per detto esercizio in società parziali, purchè tali società sieno pubbliche, non eccedenti ciascheduna il numero di tre soci, nè in alcun caso il terzo degli esercenti nel paese ove sono formate.

---

(1) Vedi la nota precedente.

(2) Secondo una decisione della Corte di Parigi del 4 febbraio 1865 (*Journal du Palais*, pag. 205), l'agente di cambio che dichiara aver ricevute da cliente o da terzo azioni *al portatore* che dice aver vendute, non deve limitarsi a denunciare in globo il prezzo, ma deve enunciare il prodotto di ciascuna operazione, oltre il versamento del totale.

(3) Il numero 3° di questo articolo è rifuso nell'articolo 16 del Codice; il num. 4° è il moderno articolo 51.

Digitized by Google

Non sono comprese in questa disposizione le società formate tra fratelli ed i loro figli (1).

2° È vietato agli agenti di cambio di esercitare la mediazione per mezzo di commessi od altre persone, a tal uopo interposte, qualunque denominazione diasi al ministerio di queste.

Possono tuttavia fuori del recinto della borsa valersi dell'opera altrui, ma per quegli atti soltanto che non richiedono in chi li fa il carattere d'agente di cambio (2).

3° Non possono gli agenti di cambio e i pubblici sensali riconosciuti rifiutarsi senza giusto motivo alla presentazione dei loro libri che può essere richiesta tanto dalla Camera di commercio, quanto dalla Camera sindacale o dal Municipio, ogni qualvolta i mediatori omettono di fare la dichiarazione prescritta nell'articolo precedenle (3).

CAPO IV.

PENE IMPOSTE AI TRASGRESSORI

Art. 13. Le contravvenzioni al disposto dell'art. 11 ed ai numeri 2 e 3 dell'art. 12 sono punite colla multa di lire duecento cinquanta a lire cinquecento.

In caso di recidiva la multa è del doppio (4).

Art. 14. Dà luogo alla stessa pena la falsità delle dichiarazioni prescritte dai numeri 1 e 2 del succitato articolo 11, salvo le maggiori pene stabilite dal Codice penale (5).

Art. 15. Quando la cauzione d'un mediatore viene a scemare od a mancare, egli deve astenersi da qualunque atto di mediazione fino a che l'abbia reintegrata.

Contravvenendo a questo divieto è condannato alla multa di lire cento a lire duecentocinquanta.

In caso di recidiva la multa è del doppio.

Art. 16. La pena accessoria della sospensione si applica sempre contro i pubblici mediatori nei casi previsti dall'articolo 48 del Codice penale.

Ove siavi recidiva, si applica in quegli stessi casi la pena dell'interdizione (6).

Art. 17. Niun mediatore interdetto dal suo ufficio può venir reintegrato in ufficio, e ricollocato sul ruolo (7).

Art. 18. Ogni contravvenzione al disposto della presente legge, cui non vada unita altra pena, è punita di multa non maggiore di lire tremila (8).

Art. 19. L'interdizione, la sospensione e le pene pecuniarie sono pronunziate dai tribunali ordinarii.

La Camera di commercio o il Municipio dà pronto avviso delle contravvenzioni all'avvocato fiscale onde possa fare le opportune istanze (9).

Art. 20. Quanto al ruoli dei mediatori esercenti, vengono pure affissi i nomi dei mediatori sospesi.

Il mediatore interdetto o sospeso non ha più ingresso nella borsa. Se controviene all'interdizione o sospensione è punito a termini dell'art. 32 del Codice penale (10).

(1) Vi corrisponde il nostro articolo 55. Qui mi permetto di ripetere che si è avuto il torto di non sottoporlo a revisione secondo le idee più avanzate del tempo.

(2) Articolo 56 del Codice.

(3) È certamente una miglior redazione quella del nostro articolo 46. Ottima cosa delegare questo potere all'autorità giudiziaria.

(4) La penalità è stata ampliata nell'articolo 59 del Codice.

(5) Oggi la pena della *falsa dichiarazione* è totalmente quella prescritta dal Codice penale (Vedi il suddetto articolo 59).

(6) Ne fu ricopiato l'articolo 60; e per le osservazioni fattevi sopra, ci è forza ripetere il rimarco della nostra nota 1 sopra.

(7) Tanto rigore è stato mitigato dal nostro articolo 61, come fu anche toccato nella Relazione ministeriale che precede il Codice.

(8) Ultimo capoverso dell'articolo 59.

(9) Articolo 62 del Codice. La prima denunzia promana dal *sindacato dei mediatori pubblici*, giusta il nuovo sistema.

(10) Articolo 64 del Codice.

Digitized by Google

CAPO V.

DELLA SORVEGLIANZA SOPRA I MEDIATORI

Art. 21. La sorveglianza sui mediatori è affidata alle Camere di commercio ed in loro difetto ai Municipi.

È inoltre a tal uopo ordinato un sindacato nei Comuni ove esista una borsa, ed in quelli altri in cui il Governo giudichi necessario d'instituirlo.

Tanto le Camere di commercio, quanto in loro difetto i Municipi sotto l'approvazione del Governo e sentito il sindacato, dove esiste, possono fare allo stesso fine gli opportuni regolamenti.

Art. 22. Il sindacato è composto d'un sindaco, d'un vice sindaco, e di quattro aggiunti.

I membri del sindacato sono eletti a maggioranza assoluta di voti dai mediatori inscritti al ruolo, riuniti a tal uopo in assemblea generale, sotto la presidenza di speciale delegato della Camera di commercio, ed in difetto del Municipio, e debbono essere presi tra gli elettori.

I membri eletti del sindacato, riuniti sotto la presidenza del predetto delegato della Camera di commercio, ed in difetto del Municipio, fanno a maggioranza assoluta di voti la scelta del sindaco e del vice-sindaco.

Il sindaco e vice-sindaco rimangono in ufficio per un biennio.

Degli altri membri del sindacato ne escono due per anno.

Sono tutti rieleggibili (1).

Art. 23. Il sindacato veglia onde niuno dei mediatori che ne dipendono esca dai limiti delle proprie attribuzioni. Il sindacato denunzia pure senza indugio alla Camera di commercio od

(1) La *chambre syndacale* è una istituzione molto antica. In Francia sino dal 1638 gli agenti di cambio e i sensali si eleggevano in assemblea generale un sindaco e un aggiunto. Le attribuzioni di questi magistrati vennero determinate più compiutamente nel Regolamento del 2 ottobre 1714. Coll'aumento dei commerci, gli ordinamenti si ampliarono, e fu stanziato nel 5 settembre 1784 che ogni anno il luogotenente generale di polizia nominerebbe un *comité* di sei agenti di cambio, come consiglio del sindaco. Da ultimo, nel Regolamento del 2 dicembre 1786 è stabilito che il comitato si comporrebbe definitivamente del sindaco, dell'aggiunto, di sei altri membri e del decano della compagnia.

L'organizzazione del sindacato è già spiegata nel nostro articolo 22.

L'articolo 19 del Regolamento ci fece sapere che il sindacato esiste nei Comuni ove esiste una borsa di commercio, e il numero degli individui che vi sono iscritti arrivi a nove almeno. Tostochè si raggiunga questo numero, la Camera di commercio convoca in un dato giorno in assemblea generale i mediatori per la elezione dei membri del sindacato.

Un delegato della Camera di commercio presiede l'assemblea, la quale a votazione segreta elegge sei membri tra i mediatori iscritti nel ruolo. I sei membri eleggono al modo stesso due di loro, l'uno a sindaco, l'altro a vice sindaco.

Questo articolo compie la modalità avvisata nella legge.

Ivi è anche detto *che il sindaco e vice sindaco rimangono in ufficio per un biennio*. Viene poi spiegando l'articolo 20 del Regolamento, che « a capo al primo anno sono imborsati i nomi dei quattro aggiunti, e i due primi estratti a sorte escono dall'ufficio.

« A capo del secondo anno usciranno gli altri due aggiunti, e i membri del sindacato che erano già stati eletti sindaco e vice sindaco.

« Se pel secondo biennio sono scelti a sindaco e vice sindaco due tra i quattro eletti in sostituzione dei due usciti, sarà seguita questa norma: che in capo al primo anno di esso biennio usciranno i due aggiunti che sono da più tempo nell'ufficio, e quindi in fine del biennio medesimo i meno anziani insieme col sindaco e vice sindaco.

Se invece sono eletti a sindaco e vice sindaco i due aggiunti eletti dopo il primo anno del primo biennio, saranno imborsati al termine del primo anno del secondo biennio i nomi dei quattro aggiunti, ed usciranno d'ufficio i due primi sorteggiati, uscendo al termine del secondo anno gli altri due insieme col sindaco e vice sindaco.

« Da ultimo se sono scelti a capo del sindacato uno dei quattro eletti al cominciare del secondo biennio ed uno dei due eletti nell'anno antecedente, uscirà in capo al primo anno del secondo biennio l'aggiunto più antico, e con lui uno dei più recenti tratti a sorte, ed in fine del biennio i rimanenti due aggiunti col sindaco e vice sindaco uscenti d'ufficio ».

Se questo magistero non fosse così esattamente applicato, non credo potesse uscirne veruna dannosa conseguenza giuridica, non esercitando la Camera sindacale una giurisdizione, ma sì una missione disciplinare e censoria.

Digitized by Google

in difetto al Municipio i contravventori alle leggi ed ai regolamenti che li riguardano, onde sia da questa provocata l'applicazione delle incorse pene.

A tal fine esso ha facoltà di prendere cognizione dei libri di ciascuno dei mediatori che ne dipendono; e però a quest'uopo richiesta apposita deliberazione presa dalla maggioranza dei suoi membri (1).

ART. 24. È ancora ufficio del sindacato il vegliare acciò i libri dei mediatori defunti o dimissionari o interdetti siano il più prontamente possibile messi in deposito presso la segreteria del Tribunale di commercio, o di quello che ne fa le veci, nel cui distretto si esercitava la mediazione.

ART. 25. In mancanza del sindacato appartiene al Municipio di vegliare acciò niuno dei mediatori esercenti nel Comune esca dalle sue attribuzioni, e di denunciare alla Camera di commercio le contravvenzioni alle leggi e regolamenti sulla mediazione, di cui si rendessero colpevoli.

Spetta pure ai Municipi medesimi, in mancanza del sindacato, l'ufficio a questo attribuito nell'articolo precedente (2).

TITOLO IV.

DEI COMMISSIONARI

CAPO I.

DEI COMMISSIONARI IN GENERE

Articolo 68.

Il commissionario è colui che fa atti di commercio in suo nome o sotto quello di una ragione sociale, per ordine e per conto di un committente, mediante salario o provvisione.

Articolo 69.

Il commissionario non è tenuto a indicare il nome del committente a colui col quale contratta.

Egli è direttamente obbligato verso colui col quale ha contrattato, come se l'affare fosse suo.

Articolo 70.

Il committente non ha azione contro coloro coi quali il commissionario ha contrattato, nè questi hanno azione contro il committente.

(1) L'articolo 62 del Codice conferma il diritto di denunzia attribuito al sindacato; non si vede però che gli sia conservata la facoltà di *prender cognizione dei libri dei mediatori;* quello che importa si è che il Codice non vi abbia derogato. Resta adunque nel suo pieno vigore l'articolo 23 della Legge del 1854.

Non si potrebbe concepire altrimenti un'attiva ed efficace sorveglianza.

Le tariffe dei diritti dovuti agli agenti di cambio e ai sensali delle varie specie sono proposte al Ministro delle finanze pei rispettivi esercizi, e dal Ministero approvate, vengono affisse giusta l'art. 57 del Codice.

(2) Si è omesso il capo VI della Legge che comprende disposizioni transitorie, che ora non hanno più interesse.

Digitized by Google

228. *Nozioni elementari della commissione; e come questo rapporto giuridico differisca da tutto ciò che vi ha di analogo nel diritto civile.*
229. *Si osserva il commissionario in relazione ad altri agenti commerciali; ai pubblici mediatori, agli agenti d'affari, ai commessi; e come principalmente si distinguano.*
230. *Il carattere commerciale è di essenza nel contratto di commissione. Indicazione dei criteri dai quali deriva.*
Se lo scopo è evidentemente commerciale, non influisce in contrario la qualità della persona.
231. *Della indagine soggettiva.*
L'incarico di agire per conto nostro, dato ad un commerciante, non costituisce sempre la commissione.
232. *Mancando espressa dichiarazione dal lato del mandante non commerciante di voler fare cosa di commercio, devono concorrere circostanze per indurre nel mandatario commerciante questa ragionevole opinione.*
Agendo perciò il mandatario commerciante quale commissionario, ha i diritti ma altresì le obbligazioni inerenti a tale qualità.
233. *Il non-commerciante, committente, è citato alla giurisdizione civile, rimanendo inalterati i diritti guarentiti al commissionario dalla legge commerciale.*
Soltanto può variare l'adozione e applicazione della prova.
234. *Di altra ipotesi in cui il committente è commerciante, e commette a non-commerciante acquisti o vendite, o altre negoziazioni relative al proprio commercio.*
Il commissionario, non-commerciante, si associa e compartecipa ad un atto di commercio, anche all'effetto della giurisdizione commerciale.
235. *Dei rapporti giuridici in generale che si formano fra il commissionario agente in proprio nome ed i terzi.*
236. *Dei casi equivoci nei quali si può fare argomento se uno abbia voluto obbligare piuttosto il committente che se stesso. Un esempio.*
237. *Continuazione. Si porgono altri esempi da quali si può misurare la responsabilità personale del commissionario verso il terzo.*
238. *La sola rivelazione del nome del committente non fa ritenere il commissionario un semplice intermediario.*
239. *Delle formule* — per persona da nominare; o per sè e per persona da nominare.
240. *Come al fallimento del commissionario cessi fra esso e il terzo, e viceversa, quel diritto di compensazione che prima poteva aver luogo. — Rinvio.*
241. *Del diritto di surrogazione legale nelle azioni del venditore che compete al commissionario che ha pagato il prezzo; e della rivendicazione.*
242. *Della commissione in materia di assicurazione marittima. Specialità di questo diritto. Formula obbligatoria a chi ferma il contratto quale commissionario. Evoluzione della commissione, e nuova fase in cui entra all'apparire del sinistro che obbliga l'assicuratore a pagare il prezzo.*

228. *Commissione* rappresenta un concetto giuridico che non ha riscontro nel diritto comune: perciò la legge commerciale, con ottimo consiglio, si è incaricata di darcene la definizione. Il commissionario è un mandatario che riceve del tutto i suoi poteri dalla volontà del privato; ma può nascondere al commercio la sua qualità ed agire apertamente in proprio nome. È un mandatario, ma sempre un mandatario speciale. La *specialità* (1) è insita nella idea di commissione, che ha per natura sua un oggetto determinato. Il commissionario agisce alla scoperta quale proprietario, e così si obbliga verso i terzi; ma non è un proprietario, perchè non acquista per sè, e invece deve dar conto del fatto suo. Il commissionario finalmente è un uomo del commercio, non lavora che in commercio e in materia commerciale (2). Ecco una posizione estranea alle nozioni del diritto comune, giusta le quali il

(1) Non la *individualità*, come dicono alcuni autori celebri, perchè un mandato è sempre individuale, e perchè vi possono essere più commissioni affidate ad un tratto, secondo si mostrerà più avanti.

(2) Su di che dedichiamo qualche paragrafo in progresso del discorso.

Digitized by Google

mandatario: 1° non può, senz'abuso del suo mandato, dissimulare la qualità e l'interesse pel quale agisce; 2° può assumere gestione illimitata; 3° agendo in proprio nome acquista per sè, e non può esonerarsi sopra il mandante di un affare svantaggioso; 4° può rappresentare il mandante in ogni sorta di affari.

229. Ebbe ancora motivo la legge di commercio di porgerci all'ingresso del titolo la definizione del commissionario per distinguerlo dagli altri agenti della commercialità; e benchè le differenze siano note, è sempre qualche cosa esprimerle con esattezza di linguaggio.

Ho fiducia di avere esposta con sufficiente lucidità la teoria dei pubblici mediatori. Si è trovata in essi la qualità di mandatari; ma sono mandatari *legali*: il mandato è volontario, ma non è volontaria nè libera la scelta: bisogna scegliere una persona ufficiale, come si sceglie dal litigante un procuratore. Il commissionario è un commerciante che fa la professione per proprio conto; si annuncia tale al commercio e fa degli affari; il commissionario si crea all'occasione, ma non si crea un agente di cambio e un sensale di assicurazioni; il legislatore attribuisce tutta la importanza a questi grandi motori dell'attività commerciale, ma non gli attacca, per così dire, al suo carro; e non gl'investe di un ministero legale. Si aveva bisogno di fissare certi dati e punti salienti della estimativa commerciale; e storici di questo fatto giornaliero e continuo, ed organi delle relative operazioni, furono destinati i mediatori pubblici; e perchè l'opera loro non degenerasse trascorrendo qua o là nei facili allettamenti del traffico, vedemmo quai limiti vi fossero posti. In effetto i commissionari nella maggiore capacità, per così esprimermi, del loro esercizio, possono in più modi assorbire l'opera modesta e circoscritta del sensale (restando sempre dominante quella dell'agente di cambio), ma la loro utilità prepondera totalmente, che non si stimano fare concorrenza illecita (1), e se ne distinguono radicalmente.

Al disotto dei commissionari (rispetto alla importanza) stanno gli *agenti d'affari* e i *commessi*; genti minute che formicolano, se mi si passa il termine, nei peristili dell'edifizio commerciale. Il Codice non li nomina neppure, perchè il Codice (giova ripeterlo anche una volta) non si occupa che dei fatti principali, e per non riuscire di soverchio minuzioso e pesante, è tenuto di abbandonare alla giurisprudenza e, in mancanza della giurisprudenza, alla ragione, che è ancor meglio, così il gran numero dei fatti secondari come tutte le conseguenze dei suoi magistrali enunciati.

La legge annovera *fra gli atti di commercio le imprese d'agenzie e di uffici d'affari* (articolo 2, n° 2); e noi, a suo luogo, ne abbiamo dato una sufficiente idea. Gli agenti d'affari sono la stoffa di cui si fanno altresì i commissionari: *agente d'affari* è nome generico esprimente l'abito di dedicarsi al commercio per altrui conto, e la professione d'intromettersi, per così dire, in tutto quello che capita; non vi è nulla di più eccletico e di meno esclusivo che un *agente d'affari*. Quando siano alla portata di un certo orizzonte commerciale, e abbiano acquistata una certa riputazione, gli agenti di affari trattano la *commissione* come il ramo più fruttuoso e spiccato del loro commercio. E allora sono precisamente nei termini di questa legge.

Quel ministro della negoziazione, che alla francese diciamo *commesso*, è l'*institor qui alicui negotiationi quæstuariæ præponitur, etiam certo loco non designato* — così appellato — *quod negotio gerendo instat*, secondo la pura espressione del giureconsulto (2). Il preposto o commesso è a tutti i servigi dell'esercizio commerciale; non ha, direi, una fisonomia particolare se non in quanto per la importanza e per una certa caratteristica delle sue funzioni si elevi ad un grado che richiami l'attenzione della legge per definire la sua posizione giuridica; ma allora egli passa in una ben diversa categoria, e non si annuncia più sotto quel nome (3). Il commesso infine non è che un impiegato di solito a salario fisso, ma ancora indeterminato e incerto, e si distingue dall'operaio, non prestando opera manuale e giornaliera, e concorrendo non solo colla mano, ma eziandio colla intelligenza a rendere più prospera la negoziazione. Elementi preziosi, perchè, come altri, non servono ad operazioni isolate, comunque di maggior rilievo, ma sono i muscoli e i nervi e la forza viva e perenne di una negoziazione localizzata in tutto ciò che ha di attività estrinseca e di moto.

È inutile parlare di punti di contratto di codesti minuti agenti del commercio coi commissionari; vi si approssimano alquanto i *commessi viaggiatori*, rispetto all'oggetto generale:

(1) Vedi il nostro num. 152.

(2) Ulpiano, Leg. 3 Dig. de instit. actione.

(3) Un commesso facendo carriera diventa l'institore di un negozio, il cassiere o il gerente d'una società commerciale, e via discorrendo.

ma nulla in tutto il resto. L'azione del commercio è arrivata a tal segno che i commercianti non possono esercitare energicamente gli scambi, se non offrendo molto e trasportando le proprie merci ai luoghi ove possano essere più facilmente accettate. Quindi i *commessi viaggiatori* che vanno pel mondo propagando il commercio di una casa centrale alla quale sono addetti.

Nei rapporti col suo committente, il commissionario non ha maggior indipendenza d'azione che quella del commesso verso la sua casa, come vedremo più avanti; ma il *modo* della sua azione, la sua posizione in commercio, la natura dei diritti e degli obblighi che assume, sono assolutamente diversi.

—

230. Il contratto di commissione è essenzialmente commerciale; la commercialità dell'atto è quindi la indagine fondamentale (1); in seguito viene il conoscere se concorrano i requisiti di un contratto di commissione e quali effetti produca.

La operazione è commerciale o no, in relazione al proprio oggetto. L'oggetto commerciale è dimostrato: *a*) dalla espressa volontà di fare un atto di commercio: *b*) dalla materia dell'atto. È desunto: *a*) dalla qualità delle persone; *b*) dalla intenzione implicita e congbietturale.

Se un non commerciante incarica una persona commerciante, o anche non commerciante, di comprare per lui cento moggia di granone coll'ordine di spedirle in una piazza di commercio dichiarando la sua intenzione di rivenderle, essendo ivi il genere molto ricercato, è palese che quel cittadino ha il prurito di diventar negoziante, e lo diventa coll'atto del voler acquistare dei generi di commercio per rivenderli; e il suo commissionario si unisce a lui, dal canto proprio, per fare la operazione della quale conosce apertamente lo scopo.

Se la commissione ha invece per fine di trarre o accettare lettere di cambio, di acquistare azioni industriali, ecc., non va ad indagarsi l'elemento soggettivo per qualificare la commissione: essa esiste dimostrata dal proprio oggetto.

L'*oggetto* qualifica la commissione eziandio non avendo una così concreta caratteristica commerciale, ma risulti dalla evidenza dello scopo. Pietro (libraio-editore) di Parigi incarica Paolo libraio di Napoli di vendere per lui una determinata quantità di libri che gli spedisce, con promessa di un premio o fisso o proporzionato alla vendita; fa un vero contratto di commissione, e non un semplice mandato nè altra operazione diversa. Ma quand'anche non dovesse Paolo esercitare palesemente un commercio, come in questo caso, imperocchè dovrà far passare i libri nei propri negozi ed esporli in dettaglio al pubblico, basterà la professione dei due corrispondenti a stabilire la operazione di commercio (articolo 3); e quindi, attesa la qualità di essa, il contratto di commissione.

In generale quando la operazione corre fra commercianti, l'oggetto commerciale *è dimostrato;* il suo carattere è stabilito nella *præsumptio juris;* o, in altri termini, è il suo carattere legale; non si aspetta a desumerlo dalla *præsumptio hominis* e dalle circostanze dei fatti; dominando qui pure in tutta la sua forza il principio regolatore della commercialità, altrove spiegato.

231. La indagine soggettiva, il *criterium judicis*, comincia ad esercitarsi quando nè l'oggetto in se stesso, nè la professione delle due parti, dimostrino, per applicazione del principio generale, la commercialità.

La commissione, nel senso commerciale, può chiamarsi un *mandato qualificato.* Mancando la qualità, resta il mandato giudicabile colle norme civili.

Ora abbiamo due problemi che meritano soluzione: 1° quando la qualità di commerciante non preesista che da una parte sola; 2° quando non vi sia da veruna parte, ma la commissione risulti avere uno scopo che induce a credere la intenzione di esercitare un commercio.

A., proprietario, incarica *B.*, altro proprietario, fattore di campagna, computista, operaio, un non commerciante insomma, di vendere le derrate delle sue possessioni; noi ci troviamo nei puri termini dell'articolo 3 n° 1; egli è come il proprietario vendesse egli stesso le proprie derrate: vi è un mandato e non *una commissione.*

Il proprietario *A.* si rivolge piuttosto a *C.*, che è un commerciante, e gli dà un incarico consimile. Per quanto concerne il fatto di quel proprietario, non vi ha nulla di commerciale, siamo tutti d'accordo; ma ci sarà nonostante un contratto di commissione a questi due effetti: 1° che il mandatario abbia i diritti e i privilegi del commissionario; 2° che lo stesso

(1) Vedi però la limitazione di questa teoria ai num. 231 e 232.

Digitized by Google

mandante possa costringere il suo mandatario coi mezzi commerciali? (1).

Per discendere in modo assoluto alla conclusione affermativa, si dovrebbe stabilire in principio: che non è possibile dare ad un commerciante il mandato di comprare o vendere qualche cosa, e generalmente nessun mandato per cose non essenzialmente commerciali, ma che tali possono diventare per l'applicazione dello spirito, ossia per la intenzione, senza costituirlo commissionario, e senza intromettersi più o meno direttamente nel commercio. Così il non commerciante vi saria sempre trascinato dalla qualità personale del suo mandatario che non potrebbe toccare cosa alcuna senza stamparvi, a così esprimermi, la propria impronta.

Debbo spiegare la mia proposizione intermedia: *sulle cose che possono diventar commerciali per applicazione dello spirito e per la intenzione.* Se io facoltizzo un commerciante, non senza compenso, di esigere le rendite dai miei livellari, di affittare le mie case, di transigere una lite, qui sarà chiara la non commercialità dell'oggetto, e non può temersi che la qualità personale del mio incaricato sia per alterarne il carattere giuridico. Da questo si scorge, che un commerciante può essere un mandatario semplice, un mandatario civile; ed è civile ogni affare che, per natura sua, non possa tradursi in un esercizio di commercio. Non vi ha dunque nulla di ripugnante a che un commerciante che riceve da un proprietario l'incarico di comprare o di vendere le sue derrate, siccome potrebbe ricever quello di affittare le sue possessioni, intenda ed abbia limitata la sua azione a quella di un semplice mandatario. Nella *realtà*, di operazione commerciale non si avrebbe il menomo indizio. Il proprietario non vuol far altro che riscuotere il prezzo delle sue derrate; forse ne affida la vendita al commerciante *C.*, perchè avendo egli più cognizioni e migliori occasioni d'un altro, potrà servirlo meglio; fors'anche tutto questo è accidentale. Il signor *C.* è un galantuomo, un amico che si deve bensì retribuire, ma si è sicuri del fatto suo; il proprietario si è determinato per ragione di queste sue qualità morali, non perchè sia un commerciante; gli avrebbe affidati egualmente i suoi interessi se non fosse stato un commerciante.

232. Stimo pertanto che debbano concorrere delle circostanze *relative* che aggiungano qualche cosa al caso semplice di un mandato comune, ond'entri nell'animo del giudice una certa persuasione che, dal lato almeno del commissionario, si è creduto o potuto credere di agire commercialmente. Eccone alcune di tali circostanze.

Il proprietario *A.* si è trovato, per una combinazione, possessore di una rilevante quantità di generi (coloniali), di caffè e di zucchero, che egli non acquistò punto per farvi su un guadagno col rivenderli, ma dovette riceverli a soddisfazione di crediti da un suo debitore. Egli si dirige a *C.* commerciante appunto di tai generi, e non li vende a lui come sembrerebbe più semplice, ma gli dà incarico di venderli a conto proprio, con premio. Per simili circostanze è benissimo statuito, secondo io penso, il contratto di commissione.

Avviene del comprare come del vendere. Nel numero precedente ho notato il caso di una persona non commerciante che dà ad un commerciante una vera commissione, il che risulta evidente essendosi manifestata l'intenzione di attivare un commercio. Qui la cosa è meno evidente, ma la evidenza o non evidenza appartiene al fatto. Se il proprietario *A.*, di Castel Guelfo, scrive all'amico *C.*, commerciante in quell'emporio che si chiama Genova, compratemi 50 chilogram. di caffè e altrettanti di zucchero al prezzo corrente, e mandatemeli; avrete cinquanta lire pel vostro incomodo (2): il sig. *C.* non dovrebbe credere di essere per questo un commissionario; non avrebbe ragioni per credere che il sig. *A.* abbia avuto in animo di fare un commercio. Egli abita in un piccolo borgo; è un proprietario; la quantità può sembrare una copiosa provvigione per una famiglia, ma forse l'agevolezza del prezzo corrente ha consigliato l'acquisto; come nucleo di commercio sarebbe quantità di nessuna importanza.

In caso inverso, il sig. *A.* che non ha mai fatto il negoziante, abitante però in una città nella quale si potrebbe commerciare con vantaggio, si procura per mezzo del commerciante *D.* una ben grande quantità di quelli o di altri generi che un privato non compra

(1) Nel celebre trattato *Sul contratto di commissione* di Délamarre e Poitvin, la conclusione affermativa è tutto affatto semplice (num. 25). Io però credo doverví introdurre qualche distinzione.

(2) È una specie raffigurata nell'opera di Délamarre e Poitvin (nº 26), e che io accetto colle sue conclusioni. In queste varie esemplificazioni si va sempre accennando al premio dell'opera; poichè la gratuità del mandato, nei casi dubbi, sarebbe argomento per escludere la *commissione*, nulla ostando alla esistenza del mandato, che, secondo il diritto moderno, è compatibile colla retribuzione.

Digitized by Google

mai per uso della sua famiglia (500 chil.), per questo solo il sig. *B.* sarà fondato a ritenere di avere ricevuta una vera commissione, e quindi ad esercitare tutti i diritti di commissionario.

Ma osserviamo anche la questione dal lato del committente. Se mi è permessa una piccola anticipazione sull'articolo 72 in grazia dell'argomento, io dirò, che nella precisa ipotesi che vengo dal premettere, il commerciante *B.* che non servisse al mandato, e non si regolasse secondo la prescrizione dell'articolo suddetto, sarebbe esposto alle conseguenze ivi dichiarate.

Anche qui sono costretto a separarmi dagli insigni scrittori sopra nominati (1). Nella loro opinione, il mandante non avrebbe azione contro il renuente, se non in quanto potesse averla in forza di un mandato puramente civile.

A me pare un errore. Io non posso concepire che il contratto abbia a ritenersi di *commissione*, e quindi di carattere commerciale pel commissionario, rispetto ai suoi diritti, e non rispetto ai suoi obblighi. Se la qualità e l'oggetto del mandato era di maniera che il mandatario commerciante avesse motivo di riputarla una vera commissione nel senso commerciale, egli sentiva ad un tempo che la legge gl'imponeva di eseguirne i doveri; non so darmi a credere che il mandato diventi civile solo perchè il committente intende far valere il proprio diritto. E qual diritto avrebbe dalla legge civile, se il mandato non fu accennato? L'articolo 72 è propriamente ed esclusivamente pei mandati commerciali.

233. Giova riassumerci un momento, perchè andiamo percorrendo una via alquanto difficile.

Un uomo del commercio può accettare un mandato civile, che è tale quando la qualità dell'affare non lasci credere in verun modo ch'esso sia commerciale.

Ma l'uomo del commercio si ritiene a ragione incaricato quale commissionario quando l'affare gli si presenti con apparenze commerciali; e qui aggiungo, che tanto più ho ragione di crederlo ov'egli eserciti abitualmente la professione di commissionario (2).

Ho detto ch'esso commissionario, in questo caso, ha i diritti od altresì le obbligazioni congiunte a tale qualità.

Ma dall'avere il commissionario giustamente interpretata la propria missione, che ha pur anco compiuta, ne segue forse che il committente debba rispondere dei rispettivi suoi obblighi avanti la giurisdizione commerciale, come si trattasse di un proprio e vero atto di commercio?

Qui la dottrina stabilisce un primo postulato che è verissimo. Se l'atto è essenzialmente, o *in re ipsa*, commerciale, allora nessun dubbio. Se la commissione consisteva nel fare per conto vostro delle tratte a girate cambiarie, o in qualunque modo operazioni di banca, ogni difficoltà è tolta di mezzo. Il non-commerciante ha fatto atto di commercio, e deve renderne conto avanti la giurisdizione commerciale, giusta il prescritto dell'articolo 723, n° 1.

Ma supponiamo che la commercialità dell'atto sia contestabile e contestata dal non-commerciante, il che però non ha impedito al commerciante di agire quale commissionario, e di averne così i diritti come le obbligazioni.

In questo caso insegnano il sig. DELAMARRE e POITVIN (n° 27) che niuno dei litiganti potrà essere distolto dai suoi giudici naturali; che il commissionario sarà benissimo citato avanti il giudice di commercio, e il committente, non commerciante, lo sarà a sua volta avanti il giudice civile (3). Nè si offende perciò il diritto, proseguono, mentre la giurisdizione è affare d'ordine, e non varia le applicazioni di diritto. Per altro non isfugge alla loro perspicacia che in giudizio civile havvi assai minore larghezza nei mezzi probatorii.

Le basi di questa dottrina sono giuste. Di qui si viene dichiarando e riducendo ai precisi suoi termini la teoria posta al n° 230, che il contratto di commissione è di essenza commerciale. Non può esser altrimenti senza degenerare in un mandato meramente civile. *Il carattere commerciale però deve trovarsi nella*

(1) DELAMARRE e POITVIN, num. suddetto.

(2) Insisto su questa proposizione, che invero è importantissima. Quando uno si dirige ad un commissionario abituale, vi è sempre la presunzione che si voglia incaricare come tale. Il commissionario dal canto suo è nel diritto e generalmente nell'obbligo di credersi assunto in tale qualità. Da pochi giorni la Corte suprema, alla quale ho l'onore di appartenere, decise che il signor *A.*, commissionario, che aveva ricevuto da *B.*, altro commissionario, l'incarico di spedire a Parigi un tubo contenente un oggetto qualunque, doveva ritenersi aver agito in tal qualità, ed essere quindi responsabile dello smarrimento avvenutone, per non averlo affrancato alla posta (maggio 1868, Durante-Cavanna), Relatore PESCATORE.

(3) Non intendo come quegli autori dicono di avere un'opinione diversa da quella di PARDESSUS, che al n° 1347 espone gli stessi principii, che del resto, generalmente parlando, sono incontestabili.

stessa comunione, ossia rispetto al commissionario, agente come tale; potrebbe non esistere in sostanza la operazione commerciale, o perchè non siasi veramente voluta dal mandante, o l'idea del commercio sia stata abbandonata. Pare che dopo il già detto non ci sia bisogno di altro aggiungere.

Se il committente fu persona non commerciante, e l'atto non fu *re ipsa* e di sua natura commerciale, allora ha luogo il principio d'ordine giudiziario che il non-commerciante è citato avanti la propria giurisdizione; dal canto suo il commissionario non ne rimane gravato, mentre sapeva che la commissione gli veniva da persona non commerciante; e che, quantunque fosse quella una vera commissione in senso commerciale, rispetto a sè, non era poi ben sicuro che il fondo della operazione fosse commerciale, di guisa che potesse trarre il non commerciante al tribunale di commercio.

Nondimeno il tribunale civile farà ragione al commissionario di tutti i suoi diritti, come gli vengono accordati dal Codice di commercio.

La vera difficoltà consiste nel genere della prova che appartiene al giudiziario civile, e non può togliersi dagli ordini più liberali del diritto commerciale (1). Se il commissionario, ove il fatto stesso della commissione fosse contestato, avesse bisogno di farsi la prova con testimoni, non potrebbe veramente declinare dalle disposizioni della legge civile. È un inconveniente, tutti lo sentiamo, ma è inevitabile finchè non si adotti un diverso sistema e si continui a persistere nella separazione di un concetto che dovrebb'essere identico, che un atto cioè sia nello stesso tempo commerciale per gli uni e non commerciale per gli altri, e si preferisca ad ogni altro rispetto quello della giurisdizione. Fortunatamente è rarissimo che sia d'uopo servirsi in questo caso dei mezzi testimoniali.

234. Siamo ora in quest'altra ipotesi d'una facoltà *ad agendum* data da un commerciante a persona non commerciante per cose relative al proprio commercio.

Fermiamo bene la differenza da questa alla ipotesi precedente. Ivi il mandante o committente è persona che non è in commercio. Non è col mandare ad altri che si fa un'operazione di commercio ove l'atto non sia commerciale per se stesso. Nè seguiva che l'atto, commerciale dal lato del commissionario, poteva non esserlo da quello del committente. Ora noi abbiamo un atto, in supposto di sua natura commerciale per parte del committente che è un commerciante il quale opera in causa del proprio commercio. L'atto diventa pure commerciale dal lato del non commerciante che ha accettato il mandato? Ecco la questione.

Il risolverla dipende da un solo riflesso. Se un commissionario *accidentale* sia da considerarsi commerciante per ciò solo che assume una commissione nel senso attribuito a questa parola dal Codice di commercio. Non se ne può dubitare. L'abitualità della professione di commissionario conferisce all'argomento della prova, in quanto cioè si ritiene più facilmente d'indole commerciale l'atto che si eseguisce da un commissionario di professione; ma quando si vede ben chiaro che il committente, commerciante, ha voluto fare con ciò una operazione del suo commercio, rimane accertato che il non commerciante che vi si associa accettando la commissione, fa egli stesso un atto di commercio (2), ed è tenuto a risponderne in conformità dell'articolo 700, n° 1.

---

235. *Degli obblighi del commissionario verso i terzi che trattano con lui.*

Avvertiamo che due diversi ordini d'idee si contengono nei tre articoli che abbiamo sott'occhio, e nel successivo articolo 72. Ne vedremo le capitali differenze nell'esame accurato che ci accingiamo a farne.

O il commissionario si obblighi personalmente verso i terzi, o agisca in faccia ai terzi nel nome del committente, egli non fa mai l'interesse proprio, ma sempre quello del mandante. Senza ciò non sarebbe più commissionario; quindi, mentre nel mondo esteriore, per dir così, figura come persona che fa gli affari propri, restano dietro a lui tutte le obbligazioni che un mandatario, specialmente salariato, ha verso il suo mandante: i quali rapporti così distinti, fra il commissionario e i terzi, e fra lui e il suo committente, non hanno

---

(1) Ecco cosa dicono in proposito i signori Délamarre e Poitvin: « Néanmoins si la existence « même de la commission est contestée par le non- « commerçant, qui ne peut être traduit que devant « le tribunal civil, le demandeur commerçant (il « commissionario) n'est pas recevable à se prévaloir « de la loi commerciale pour obtenir au delà de « valeur de 150 francs ». — Per noi la somma è di lire 1500 (articolo 1345 del Codice civile italiano).

(2) Délamarre e Poitvin, n° 30. Esempi del genere accennato sarebbero, se un commerciante, impresario di teatri, dà a persona non commerciante facoltà di acconciare attori, di acquistare decorazioni per la scena; un fornitore di truppe, di acquistare granaglie, tele, panni da vestire l'esercito, foraggi per la cavalleria, ecc.

Digitized by Google

la menoma implicanza, e producono effetti giuridici proporzionati, cioè ugualmente distinti.

I grandi interessi del commercio hanno consigliato di eliminare, quando per opera di diritto, quando per volontà delle stesse parti, niente meno che i veri proprietari dell'affare, surrogandovi certi enti rivestiti dalla legge di qualità ad agire per conto altrui, e nel proprio nome, come si vide nel primo aspetto quanto agli agenti di cambio, ed ora vediamo nel secondo quanto ai commissionari. È ben naturale che slanciando, se mi si permette la frase, questi *alter ego* nel movimento del commercio che ne riceve il più energico impulso, si dovevano costituire responsabili nel proprio perchè i terzi non conoscono che loro, e non sanno nè si curano di sapere i motivi pei quali agiscono.

Da ciò un'altra conseguenza non meno sicura, che il committente rimanendosi in disparte e sconosciuto, non ha azione, nè può averne, verso i terzi; onde non gli resta che di fare i conti col proprio mandatario.

Queste cose sono elementari anche rimpetto alla legislazione francese, benchè si esprima meno chiaramente della nostra (1); e io non saprei perchè alcuni scrittori (2) abbiano spese tante parole, inutili quasi, per dare a questi principii una tal quale solennità scientifica.

Se piace anche di esaminare qual forma di contratto esca da codesta varietà di rapporti, non è difficile il concepirla. In quelli fra committente e commissionario il contratto è di mandato: i suoi effetti sono tratteggiati con una parola nell'articolo 71. Rispetto ai terzi, il commissionario è semplicemente un commerciante come un altro, che fa delle vendite, delle compre, dei contratti d'ogni maniera, ed esercita tutte quelle azioni che sono della natura di simili contrattazioni.

236. Lo scopo, la ragione per cui il Codice di commercio ha istituito dei commissionari, si è perchè essi agiscano nel proprio nome. Se non avesse voluto che dei mandatari, non aveva niente a dire: provvede la legge civile. Vi sono circostanze senza numero per le quali un uomo, che appartenga al commercio specialmente, desidera di starsi occulto. La legge se ne preoccupa in guisa che dispensa in ogni caso il commissionario di palesare il nome del suo cliente (articolo 69).

Si è detto (numero precedente) che quando un commissionario agisce in proprio nome di fronte a un terzo, non è un commissionario per lui, ma un commerciante qualunque di cui si può correre o no la fiducia, col quale si può negoziare o no, e non si ha a fare che con esso. Su questo punto non c'è mai stata questione; nondimeno sono occorsi casi nei quali, non trovandosi rimedio alla insolvibilità del commissionario che rivolgendosi al committente, si è tentata la sorte con esito non sempre sinistro (3). Fu saviamente avvertito da chi rammentava quel gruppo di decisioni discordi, che la questione doveva presentarsi sotto l'aspetto del fatto. La teoria però non rimane e non può rimanere estranea a tali manifestazioni, essendochè tali fatti sono giuridicamente apprezzabili, in quanto cioè derivano la loro efficacia obbligatoria da norme giuridiche.

Quando si contrattò per sè e non per altri, e non si esprime qualità rappresentativa di alcuna maniera, è palese che si assume una obbligazione propria; non sempre però i fatti sono così netti ed univoci. Talvolta gli affari, prima di concludersi definitivamente, corrono certi stadi di trattative preliminari, e lungo queste trattative è possibile che si pronunci il nome di un committente, si mostrino delle lettere, si faccia travedere che dietro il commissionario, forse un po' debole di credito, vi è qualche banchiere di polso che ha il vero interesse del negozio; e così adescato altri si induca a convenire. Con tutto questo, se l'affare in definitiva è combinato fra *A.* e *B.*; se *B.* accetta di pagare delle tratte di *A.*, contentandosi della sua girata, dovrebbero ritenersi di nessuna influenza sulla conclusione del negozio le mostre precedenti; poichè sarà sempre giusto il dire che avendo il creditore finito

(1) Noi abbiamo di più il capoverso dell'art. 69, che fu il capoverso dell'articolo 98 del Codice albertino.

(2) I signori DÉLAMARRE e POITVIN.

(3) *P.* era solito di comprare ogni anno una certa quantità di granaglie per conto di *O.*, ma in proprio nome, da *R.* Finchè soddisfece agli obblighi e pagò, benchè col denaro di *O.*, le cose andarono da sè. Ma un giorno *P.* mancò al credito, onde *R.* che aveva delle azioni per quest'oggetto, fece causa contro *O.*, essendo notorio che gli acquisti erano fatti per lui. Cinque liti identiche furono trattate avanti cinque sezioni della Corte di Rennes, e con attestato poco favorevole alla infallibilità giudiziaria, tre vennero decise in un modo e due in un altro (DÉLAMARRE e POITVIN, *Contract. de commiss.*, num. 54 e 55; ALAUZET, *Comm.*, nº 367). La Corte di Rouen, nel 12 aprile 1826, decise nel senso più assoluto, che chi ha contrattato *en son nom personnel et non pour le compte d'autrui*, è obbligato egli solo.

col contentarsi della firma di *A*, ha voluto correre la sua fede personale. E dato pure che le confidenze fattegli lo abbiano viepiù stimolato a definire l'affare con lui per reputarlo uomo prudente, cauto e bene ordinato nelle cose sue, non sarebbe mai questa specie di opinione morale, o direi questo motivo occulto, che potrebbe convincere di fronte al diritto esteriore, ch'egli accettando la firma di *A.* intese di rendersi obbligato il sig. *C.* di lui committente.

237. È una necessità del commercio di stabilire i rapporti di diritto sulle manifestazioni esteriori, e di fare astrazione da ciò che rimane, per dir così, nascosto sotto la lettera. Ora veniamo a' fatti che hanno un diverso carattere.

Fra Tizio e Caio, commercianti, si è combinato un affare la cui esecuzione deve aver luogo in un corso successivo di tempo e a diverse riprese. Tizio che specula sui vini, fece in proprio nome un contratto col detto Caio commerciante all'ingrosso di questo genere, per l'acquisto di una cospicua quantità di vini esteri. La consegna si farà in distinte partite di tre in tre mesi; e ad ogni consegna si pagherà il prezzo corrispondente. Se Tizio si è obbligato così, indarno alla terza o quarta consegna metterà fuori il nome di un committente pel quale dichiara di agire. Caio avrà tutta la ragione di tenerlo obbligato nel proprio per la esecuzione dell'intero contratto: ciò è evidente.

Se invece di un contratto come questo, in ogni parte perfetto, si avesse un contratto di compra-vendita *condizionale rispetto alla misura o qualità*, Tizio, per esonerarsi da' suoi obblighi personali, potrà a taluna delle progressive consegne ritirarsi e proporre in luogo del proprio il nome di un committente?

Tizio dirà. Ogni consegna, acquisto nuovo; la vendita a condizione di misura e assaggio non è perfetta; ed io posso bene limitare la mia responsabilità personale agli acquisti fatti. Quindi posso spiegarvi, signor venditore, che non agisco che per conto di un altro; il mio committente è Sempronio: se vi piace accettatelo, o lasciate andare.

Tizio direbbe male. La vendita non è perfetta, si conviene; ma non è tale la condizione per cui sia lecito disertare dal contratto. L'articolo 1431 del Codice civile è là per dirvi, che voi, non prestandovi nè alla misura nè all'assaggio col solo pretesto di non voler più rimanere nella obbligazione, mi dovete il *risarcimento dei danni*. Quell'articolo parla del compratore, ma è chiaro che la stessa ragione dee valere pel venditore.

Se però il proseguimento del contratto dipende da una condizione meramente potestativa (1), il contratto sarebbe invero rinnovato ad ogni partita; e il commissionario potrebbe avere le migliori ragioni per non assumere altri impegni nella responsabilità propria.

Un terzo esempio alquanto più difficile. Pietro, commerciante di Udine, ha stabilito con Paolo, commerciante di Terni, l'acquisto d'una grossa partita d'olio, trattando in proprio nome. Sullo stringere del contratto Pietro partecipa al suo corrispondente ch'egli ha ricevuto per questo affare la commissione da Giovanni, commerciante di Treviso; e vuol anche dargliene la prova, facendogli tener copia della corrispondenza relativa. Contuttociò egli non dichiara espressamente di voler agire come commissionario non responsabile; e sottoscrive la carta di obbligazione in proprio nome.

Venuto il giorno del pagamento, Pietro citato da Paolo risponde, non essere tenuto personalmente, avendo comprato quale mandatario di Sempronio, e non come commissionario responsabile. Ognun vede quanto questa tesi differisca dalle altre sopra esemplate che si rannodano con indagini giuridiche; è questa veramente una questione di fatto e di criterio, come dicono, e si decide col vedere se nella intenzione di Pietro, riconosciuta dal venditore, il primo abbia contrattato in nome del committente, anzichè nel proprio (2).

Vi sarebbe a fare una distinzione. Se Pietro ha sottoscritto un recapito girabile, e questo è passato nei terzi, non vi ha motivo alcuno per dubitare ch'egli non sia obbligato verso loro in proprio. Nel rapporto fra lui e Sempronio, in questo stato di fatto, sembra dovrebbe risolversi contro quest'ultimo. L'offerta prova del mandato, e l'averla Sempronio ritirata e ritenuta presso di sè, fanno grande argomento che egli abbia considerato Pietro quale mandatario semplicemente, accettando a debitore il suo mandante (3).

(1) Non *casuale*. Avverato il fatto, Tizio continuerebbe ad essere obbligato.

(2) Essere questione di fatto, disse la Cassazione francese (18 novembre 1829).

(3) Questi potrà impugnare a sua volta la commissione, il mandato: della verità di simile fatto, Pietro dovrà sempre rispondere, ma questo è un diverso ordine d'idee, che appartiene ad altra parte del nostro discorso.

Digitize

238. Che la sola dichiarazione che si faccia al terzo di essere un commissionario, o la scienza che il terzo abbia di simile qualità nell'agente, o anche la rivelazione sul bel principio delle pratiche che il commissionario si permetta di fare del nome del suo committente, non siano circostanze bastevoli a sciogliere d'impegno il commissionario verso il terzo, a ridurlo alle proporzioni di semplice mandatario, quando egli firmi in proprio nome, e non vi siano altri indizi più esplicativi e più rimarchevoli (1), io lo ritengo. Stando le cose in questi termini semplicemente, e trovandosi firmata la obbligazione nel solo proprio nome dal commissionario (2), la conclusione che si presenta spontanea alla mente è questa: che il commerciante sia stato contento alla firma del commissionario, accettando il nome di lui anzichè quello di un altro qualunque. Egli sapeva che il commissionario si obbliga del proprio per sua qualità e per ordine di legge, e questo gli bastava.

La legge (articolo 69) usa una forma negativa. *Il commissionario non è tenuto...*; e con ciò solo lo colloca fuori della sfera dei mandatari semplicemente tali; e segue tosto dicendo, ch'egli *si obbliga direttamente*. Tanto è lontano che si possa da quella onesta permissione argomentare che il commissionario, compitando il nome del suo mandante, prima della conchiusione dell'affare, abbia deposta ogni responsabilità (3). Vi si aggiunga, per opposizione, l'articolo 71 — *qualora il commissionario agisca in nome del committente*. È dunque nel nome di lui che bisogna agire per voler essere trattato come un semplice mandatario; e non solamente far sapere a guisa d'uomo che dice in tutto la verità, o semplicemente a scarico di coscienza, ch'egli ha ricevuto una commissione.

239. È ammesso in giurisprudenza che il commissionario, invece di pronunciare il nome del suo committente, può dichiarare, in modo però positivo ed espresso, ch'egli compra in nome di persona che *si riserva di nominare*: e si ritiene che, fatta la nomina, egli sia liberato e subentri la persona designata. Vero è che si soggiunge, doversi la nomina fare nel termine prefisso, se pure è stato fissato un termine, altrimenti il commissionario resterebbe definitivamente impegnato (4).

Dirò anch'io il mio parere. Il diritto e la procedura civile conoscono questo modo di acquistare nell'interesse di un terzo non nominato e che si propone di nominare. In materia di acquisti puri e semplici, senza mistura di obbligazioni, non ci può essere una vera difficoltà. Se il commissionario non fa che acquistare un credito, un effetto commerciale, esaurendo il pagamento, la sua dichiarazione tanto è valida quanto può dirsi inutile rispetto al suo committente; inutilissima quanto al terzo. Ma s'egli compra senza pagare, e dice di comprare per un terzo che sarà per nominare, resta per me assai dubbioso s'egli si disobblighi, per regola assoluta, facendo la nomina. Si risponde: dipende dal cedente di non accettare questo modo di obbligazione: di non accettare una tale riserva innominata e generica. È vero, ma la giustizia, la lealtà delle convenzioni, la verosimile intenzione delle parti, c'entrano sempre per qualche cosa. Se voi mi date per debitore una persona insolvibile, un facchino di piazza, dovrò tenermi per soddisfatto, accettarla e liberare il commissionario come se io abbia ricevuto quel surrogato che avevo diritto di credere mi sarebbe dato? Voi tradite la mia buona fede, il vostro procedere è disonesto. Voi mancate all'accordo, imperocchè nel mio consenso era implicito che io non sarei pagato con una delusione, ma che avrei un nome conveniente (5).

---

(1) Checchè si dica, ove alle suddette manifestazioni si aggiunga nelle carte d'obbligazione che *A.* agisce *per conto* di *B.* invece che *in nome* di *B*, non saprei come basare nella varietà di queste frasi affini una differenza tanto sostanziale dell'obbligarsi personalmente e dell'obbligare il mandante. In ogni modo non sarebbe questo il caso nel quale filar le parole. Tale maniera di esprimersi è chiara abbastanza e per chi dice e per chi ascolta, a mostrare che si agisce non per sè ma per altri: molto più che la frase, onde abbia valore, dev'essere necessariamente completata col nome della persona per la quale si agisce: o colla giunta di *persona da nominare*, come si dirà al numero che segue (contro la opinione di Délamarre e Poitvin, tom. I, n° 125).

(2) Mi preme di tener ferma la idea che in fine tutto dipende dalla qualità dei fatti e dalle circostanze (come soleva dire il Deluca); e bisogna quindi non aggiungere nè togliere a quanto vengo dicendo con un certo calcolo di esattezza.

(3) Discorrendo degli agenti di cambio, la nostra qualunque decisione fu meno severa; ma chi guarda sottilmente, ne troverà la differenza.

(4) Alauzet, *Comment.*, num. 568; Troplong, *Mandat.*, num. 549 e seg.

(5) L'argomento si avvalora per un esempio tratto dagli ordini della procedura. Chiunque accudisce a comprare per asta pubblica, s'intende acquistare per sè; solo il procuratore esercente può acquistare *per persona da nominare*, perchè come uomo

Io mi permetto adunque di modificare su questo punto la teoria generale.

Si usa un'altra formula — *per sè e per persona da nominare* — e sono pronto a convenire che il commissionario, anche nominando, rimane impegnato (ALAUZET, *Commentaire*, nº 368) (1). Ma si può andar colla mente più avanti, e dire che in questo caso amendue, e commissionario e committente, restano obbligati, perchè deve credersi che il terzo abbia voluto una formula così pingue per conseguirne un più sicuro effetto (2).

239. Poichè il commissionario agente in proprio nome è il vero proprietario di fronte al terzo, vengono le seguenti giuridiche conseguenze: 1° il commissionario può compensare col credito nascente dalla commissione il suo debito personale verso il terzo; 2° il terzo può compensare il debito proprio col credito del commissionario: ritenuto sempre in principio che verso il terzo non vi è propriamente un commissionario, ma puramente un commerciante che fa i propri affari, si accredita, e si obbliga come un altro.

La compensazione di cui parliamo non è quella che si opera per mera e sola virtù di diritto, giusta l'articolo 1286 del Codice civile. Non è la *compensazione legale*, bensì quella che chiamasi *facoltativa*. Ed è di due maniere: *a*) per volontà delle parti; *b*) per fatto giudiziale. Per volontà delle parti, se nell'atto della convenzione *A.* (commissionario), debitore di 3000 lire verso *B.* che compra da lui delle azioni industriali, s'intende collo stesso compratore per cancellare il proprio debito di 3000 lire che ha verso di lui. O in un altro modo, anche più consueto fra' commercianti, se passano le rispettive partite in conto corrente (3). Giudizialmente, quando *B.* ottiene sentenza che dichiara doversi il suo credito compensare col credito che ha verso *A.* (4).

Tutto questo va e corre speditamente fintantochè non ci troviamo in faccia al fallimento del commissionario. In tale frangente non è più ascoltato il debitore che si facesse allora ad accampare la compensazione contro la massa dei creditori.

Quale mai ne sarebbe la ragione? Il commissionario non era forse riconosciuto in diritto come il vero proprietario? E perchè il debitore non potrà invocare il principio della virtualità della compensazione?

Bisogna bene ammettere che questa dottrina, d'altronde irrepugnabile, è una specialità del diritto commerciale: esso creò i commissionari pel proprio interesse, rivestendoli di facoltà ignote ai mandatari della legge civile; ed esso poteva spogliarneli nel dì in cui, perduto il credito, furono rigettati dal consorzio dei commercianti. La compensazione, in tutto fondata sopra ragioni d'equità, doveva cedere il luogo alle applicazioni di stretta giustizia. Il debitore poteva in buona fede rivolgersi al commerciante, ch'egli non vedeva allora che nella sua reale qualità di commissionario, e dirgli: compensiamo. Ora gli si dimostra che non era colui il vero proprietario del credito, e che il fallimento ha prodotto una vera mutazione nel soggetto di diritto; che in luogo del commissionario, che è sparito, ci sono i di lui creditori.

Qui l'ordine del discorso mi condurrebbe a parlare anche dei diritti particolari al committente quando succede il fallimento del concessionario. Ma l'argomento soverchia troppo nella materia del fallimento perchè io possa occuparmene in questo luogo, e ne farò un rinvio al Capo IX (Tit. I del Lib. III) *Della rivendicazione.*

—

241. L'articolo 1253 del Codice civile si esprime così: « La surrogazione ha luogo di « diritto... 3° a vantaggio di colui che essendo

---

serio e pubblico ufficiale, si reputa ch'egli farà cosa onesta. Nondimeno egli rimane obbligato finchè il nominato abbia accettato e adempito a certe prescrizioni che dànno già una qualche garanzia del fatto suo (articolo 678 del Codice di procedura civile). E si noti, che in questa guisa si rientra nella condizione comune a tutti i compratori per pubblici incanti; i quali non sono tenuti a depositare immediatamente il totale del prezzo, perchè in fine non conseguono cosa alcuna, e difettando, il fondo sarà rivenduto a suo carico e spesa.

(1) Se invece della congiuntiva si avesse l'alternativa — *per sè o per persona, ecc.* — sarebbe equivalente alla formola semplice *per persona da nominare*: la nomina risolverebbe l'impegno del commissionario, semprechè onesta e di buonafede.

(2) Anche in questa parte il diritto commerciale si scosta dal civile, in ordine al quale la clausola — *pro se et pro persona nominanda* — suole intendersi di modo che, fatta la nomina, il contraente immediato (supponiamo una compra-vendita) si ritiene liberato facendosi la nomina in un termine convenzionale o legale (TOULLIER, nº 8 e 170; TROPLONG, *De la vente*, nº 75). Rapporto al diritto commerciale, vedi ANSALDI, disc. XII, nº 9; DÉLAMARRE e POITVIN, tom. II, nº 135.

(3) *Debiti et crediti concursu* (CASAREGIS, disc. 135.

(4) DÉLAMARRE et POITVIN, *De contr. de commiss.*, num. 61.

« obbligato con altri o per altri al pagamento « del debito, aveva interesse di soddisfarlo ».

La singolare posizione che è fatta dalla legge al commissionario, caricato di tutte le obbligazioni del contratto verso i terzi mentre egli nulla acquista per sè, rende interessante la ricerca, se e quali azioni gli competano o come venditore diretto o come surrogato ai diritti del venditore in quei casi nei quali la legge accorda il diritto di rivendicazione (1), o possa valersi di quell'azione nella circostanza di un fallimento. La giurisprudenza si è pronunciata a favore del commissionario (2).

Scrittori recenti di grande autorità hanno messo in dubbio una dottrina che si presenta così ragionevole ed equa: fra questi il TROPLONG (3). Il commissionario, egli dice, che ha comprato dal terzo per ordine di un committente, non ha vera qualità di venditore verso lo stesso suo committente, nè quindi azione diretta. Non ispettargli neppure la surrogazione legale. Non essere applicabile l'art. 1251 n° 3 del Codice Napoleone (4), perchè non poteva dirsi il commissionario obbligato col committente; ma egli solo è l'obbligato.

Il commissionario Tizio, che ha comprato da Mevio cento balle di sapone per conto di Orazio, e gliele ha spedite o gliele deve spedire, non ha certamente carattere di venditore verso quest'ultimo, committente. Se non si paga il prezzo promesso tosto alla consegna, Mevio può bene rivendicare la merce: ciò non si contrasta. Ma il commissionario che non aveva ricevuto i fondi, ha pagato del proprio, e da questo lato tutto è finito. Quasi *surrogato al venditore*, potrà esso rivendicare la merce dalle mani del suo committente, che non si dà pensiero di rimborsarlo? È ben diverso spiegare un'azione *diretta*, che di certo non competerebbe al commissionario, dallo esercitare l'azione dello stesso venditore nella quale uno si ritenga legalmente surrogato. La surrogazione legale è la equità del legislatore che supplisce al difetto di azione, la quale non potrebbe razionalmente concepirsi se non fosse concessa da una disposizione positiva. Parve al TROPLONG che la formola dell'articolo 1251 non fosse abbastanza lata per comprendere questo caso del commissionario; ma quello, e del pari il nostro articolo 1253 che vi corrisponde, sembrano anzi contenerlo alla lettera. Il commissionario non è veramente obbligato *in compagnia* del committente: ma lo è *per lui* (*per altri*). Se io suppongo che, spedite le mercanzie, il committente venga a cadere improvvisamente in fallimento, dovranno quelle cose confondersi nel patrimonio del fallito e distribuirsene il valore ai creditori di lui se non furono pagate, se il pagamento venne eseguito dallo stesso commissionario? Egli ha cessato di essere mandatario; egli ha esaurita pur anco la sua funzione di commissionario; o giustifica la causa del pagamento che ha dovuto fare per necessità di una posizione fattagli dal committente medesimo. L'applicazione della legge mi sembra evidente, e mi unisco con tutto l'animo alla conclusione di ALAUZET, che confuta la contraria opinione (5).

---

242. Bisogna fare una piccola escursione nella provincia dell'*assicurazione marittima*, senza uscire dal nostro subbietto.

In questo proposito disse DÉLABORDE (6) « Si « en matière de commission en général les « tiers ignorent que ce soit pour autrui que le « commissionaire agisse, il n'est pas de même « en fait d'assurances maritimes, dans le cas « particulier où le commissionaire déclare po« sitivement à l'assureur que c'est dans un « intérêt étranger que l'assurance a lieu ».

Fra i requisiti del contratto di assicurazione abbiamo ch'esso deve esprimere « il nome e « cognome, la residenza e il domicilio di colui « che fa assicurare *la sua qualità di proprie« tario e di commissionario* » (art. 446).

Siffatta disposizione sembra declinare dai principii generali adottati in fatto di commissioni, ed ha la sua ragione di essere nella speciale natura del contratto di assicurazione.

Se fosse sempre possibile conchiudere tali contratti dalle parti direttamente o col semplice intervento di sensali o mandatari, le relazioni delle parti sarebbero con molta semplicità stabilite sin da principio, perchè sino dalla origine del contratto sarebbe determinata la persona dell'assicurato, ossia dal vero interessato nell'assicurazione. Coll'appellativo *proprietario*, la legge non ha inteso che il direttamente e personalmente interessato, per opposizione di chi non è interessato quale il commissionario. Nè importa che nella polizza d'assicurazione altri dica — io sono il proprie-

---

(1) Articolo 1513 del Codice civile.

(2) Cassazione francese, 24 9bre 1816; Rouen, 4 gennaio 1825; Cassazione suddetta, 11 aprile 1843 (SIREY, tom. XLV, part. I, pag. 526).

(3) *Nantissement*, n° 334.

(4) Precisamente conforme al nostro sopra citato.

(5) ALAUZET, *Comm.*, n° 755.

(6) DÉLABORDE, v° *Avaries*, pag. 144.

tario — non è questo che si ricerca. L'assicurato non viene con in mano le prove della proprietà. Basta ch'egli si firmi semplicemente col proprio nome senza l'addietto *commissionario*, il quale addietto non essendo, ne segue che il firmatario è *de jure* il proprietario, l'insurrogabile, nella cui persona stanno permanenti i diritti e gli obblighi di assicurato.

In questa transazione *sui generis* la commissione arreca, come ora vedremo, un certo imbarazzo; non cessa però di essere uno dei più vivi bisogni del commercio, perchè l'uomo non può moltiplicarsi ed esser presente dappertutto, nè farsi rappresentare dappertutto per mezzo di mandatari; ed è frequente la necessità di prendere assicurazioni di navi nei punti più distanti e in plage remotissime, servendosi degli intermediari per così dire naturali del commercio.

Del resto il commissionario stipulatore ha tutte le facoltà e tutti i doveri di un assicurato; s'identifica col proprietario; anzi è lo stesso proprietario conchiudendo il negozio e sino allo scoprimento del proprietario che si occulta dietro di lui. Le sue frodi, le sue reticenze, tutto ciò che di diritto si può opporre a lui, è opponibile al proprietario quando si mostri. Garante della verità delle proprie dichiarazioni, egli rimane pur sempre personalmente esposto al pagamento del premio (1) ed all'esaurimento delle formalità che sono prescritte per effettuare regolarmente l'abbandono. Per converso, esercita le azioni contro l'assicuratore; se questi viene in fallimento, il commissionario ha veste legittima come ogni altro creditore.

Ma scoppiato il sinistro, e nei seri momenti in cui l'assicurazione dee prestarsi, è mestieri conoscere il nome del vero assicurato (2). Il commissionario deve provare l'ordine ricevuto in tempo debito, prima cioè o all'atto della scrittura del contratto (3). Talvolta la polizza di assicurazione esprime la persona per conto della quale stipula il commissionario; con tutto ciò la produzione dell'ordine è indispensabile: « Qualunque sia la indicazione della persona « terza, per cui si eseguisce l'ordine e il con« tratto, è indubitato che dandosi il caso (del « sinistro), l'assicurato deve giustificar l'or« dine » (BALDASSERONI, *Assicuraz.*, t. I, p. 204; DÉLAMARRE e POITVIN, tom. II, n° 184) (4). Infine è *la prova dell'interesse* che si esige.

Nè questo solo; ma poichè il committente non reca in proprio nome la polizza di assicurazione nè quella di carico, che supponiamo intestate al commissionario, si vuole ancora la dimostrazione dell'interesse reale che il datore dell'ordine vi avesse onde non autorizzare un giuoco di mano, e quella che si direbbe una mistificazione. In faccia all'infortunio già avverato, mentre il contratto di assicurazione sta per realizzarsi, cade il velame dell'anonimo, cessa la finzione, subentra la verità. Ciò avviene in fatto di assicurazione per una ragione peculiare e propria. In qualunque altra negoziazione il commissionario che la cominciò può eziandio consumarla sino alle estreme sue conseguenze. La materia, e quella che può dirsi con rigorosa proprietà la *sostanza* del contratto, esisteva nel contratto medesimo; ma non *est in verborum obligatione* che acquista il suo essenziale carattere un contratto di assicurazione. La sua sostanza è ciò che sembra il meno rispondere alla idea di sostanza: è *il rischio*. Giuocano quei signori una grande, una enorme partita: tocca alla legge, alla ragione darvi una base di verità e di giustizia. Nel contratto diretto, le prove della proprietà e quella del rischio, risultanti dal complesso delle polizze di assicurazione e di carico e da altri documenti ancora, preesistono: quando s'ignora il proprietario vero, e non si ha in presenza che un prestanome, è ben necessario che queste prove si facciano dappoi, mentre quegli che si presentò e col quale l'assicuratore ha contrattato, dichiarò di agire per altri e di non esser lui l'interessato. Si deve, a rigore di termini, ristabilire la posizione ante-

(1) L'usage du commerce est que l'assureur « s'adresse au commissionaire pour le payement « de la prime, et que sur son refus il le traduise en « justice, ou il subit volontairement la condamnation moyennant sa garantie contre le commettant. « Ce qui est reconnaître que le commissionaire contracte en pareil cas une obligation tacite per« sonnelle et solidaire, et au fond cela parait juste, « parceque l'intérêt du commerce l'exige, et est « au commissionaire prendre ses mesures et ses sû« retés avec son commettant » VALIN, Ordon., articolo 3, pag. 82.

(2) DÉLABORDE, v° *Avaries*, pag. 148; DÉLAMARRE e POITVIN, tom. II, no 180.

(3) BALDASSERONI crede sia d'uopo un mandato espresso e speciale (*Dell'assicurazione*, t. I, p. 203).

(4) Si è creduto da qualche autorevole scrittore della materia che il possesso della polizza di carico conforme a quello della polizza d'assicurazione formi sufficiente garanzia (EMERIGON, tom. I, pag. 521); ma questa opinione non è generalmente approvata. Per ora basti questo cenno, perchè non è qui che si possa svolgere la materia delle assicurazioni.

tore: le prove dell'ordine dato e della commissione, le prove dell'interesse perchè si fosse o proprietario della nave o delle merci, ecc., devono risalire al momento del contratto (1).

Dal punto in cui il commissionario è forzato per volere dell'assicuratore a svelare il committente, altra qualità non ritiene che quella di mandatario, già implicita nelle più estese attribuzioni di commissionario, ed ora ridotta alle proporzioni della legge comune (2). Io convengo pienamente che il possesso delle polizze e di altri documenti, se ancora in lui, non significa più che un mandato semplice *ad agendum* nell'interesse dell'assicurato onde preservarlo dai danni e procurargli i profitti che gli sono dovuti; che è pur questa una frequente necessità per le distanze dei luoghi (3). Ma deve farlo apertamente, lealmente, non più in proprio nome quale commissionario.

Spogliato adunque di tale qualità, e ritenendo in sè, può dirsi *per virtù di diritto* e senza d'uopo di ulteriore autorizzazione quella di mandatario, può debitamente riscuotere l'importo dell'assicurazione, o liberare l'assicuratore, non rendendone conto che al suo mandante.

Conseguenza di questo nuovo rapporto giuridico, che sorge *nella seconda fase della commissione*, sarebbe, che il commissionario, ora mandatario, che avesse dato scarico del prezzo al mandante suo, non ha più responsabilità di sorta per conto dell'assicurato. Siamo istruiti dagli autori del *Contr. de commission*, che nell'anno 1842 ebbe luogo una controversia fra un assicuratore che aveva pagato il prezzo in mano di Mevio, ch'era o fu commissionario; l'assicuratore ne voleva da lui la restituzione come responsabile delle colpe del suo committente condannato in criminale per baratteria. La Corte d'appello d'Aix (10 giugno 1842) e la Corte suprema (12 marzo 1844) rigettavano la domanda (4).

Articolo 71.

Qualora il commissionario agisca in nome del committente, i suoi diritti e doveri anche verso i terzi sono determinati dal Codice civile nel titolo *Del mandato*.

Articolo 72.

Il commissionario che non vuole accettare il mandato, deve nel più breve termine possibile far conoscere il suo rifiuto al committente, e se questi gli spedì merci od effetti deve, non ostante il suo rifiuto, farli riporre in luogo sicuro e vegliare alla loro conservazione a spese del committente, finchè questi abbia potuto dare le disposizioni che crede di suo interesse.

243. *Introduzione al commento. La teoria del mandato civile è modificata da quella della commissione commerciale.*

244. *La commissione può non accettarsi; ma quali doveri incombano al commissionario per non recar pregiudizio al committente.*
Dominio della equità negli affari commerciali.

245. *Il mandato per commissione è di sua indole retributivo.*

246. *Di una specie particolare di commissione che chiamano* doppia (ducroir), *nella quale il commissionario si rende garante della solvibilità dei compratori.*
Se una tale commissione si trasformi in vendita, dato che la consegna delle merci sia accompagnata da inventario e da stima.

247. *Della forma del mandato di commissione.*

248. *Se il commissionato a comprare ha ecceduto i limiti del prezzo statuito nel mandato, e ch'egli nonostante sia contento di rimettere l'eccesso, il committente è tenuto a rice-*

(1) La dottrina è precisata in queste parole del Casaregis: « Quando stipulatum fuit (*per conto di chi spetta*, o semplicemente *per conto*, o *per commissione*, o *quale commissionario*) omnes interesse habentes nisi non exclarati, possunt actionem intentare contra assecuratores uti in contractu nominati, eo ipso quod extenderunt *spectantiam risici, seu interesse in rebus assecuratis* ».

(2) Supposto che il committente non abbia revocato il mandato.

(3) Delamarre e Poitvin, tom. II, nº 193.

(4) Delamarre e Poitvin, nº 194.

Digitized by Google

vere la merce; egli però non ha azione per rivendicarla se non pagato il prezzo realmente sborsato.

249. *Si avvertono alcune combinazioni nelle quali il commissionario è assolto da responsabilità, agendo utilmente pel committente, benchè non serva esattamente alle ingiunzioni del mandato.*

250. *Fine del mandato di commissione.*

a) *Rivocazione per parte del mandante;*

b) *Rinuncia del mandatario;*

Spiegazione dell'articolo 1761 del Codice civile — Quanto ivi si appella — notabile incomodo — in commercio equivale ad una specie di necessità inevitabile;

c) *Morte, interdizione, fallimento del mandante o del mandatario.*

---

243. Non vi è forse esempio di un rinvio più completo da un titolo commerciale alla normalità del diritto civile. Se fosse perfettamente esatto; se il carattere di commissionario, che l'articolo conserva, e l'oggetto commerciale, non ponessero veramente differenza alcuna da lui e il più comune dei mandatari dell'ordine civile, chi scrive intorno al Codice di commercio potrebbe anche dispensarsi dal farne discorso: perchè sarebbe fuori della sua competenza. Ma vi sono certe proposizioni che si ricopiano troppo; questa formula sembra aver preso il possesso dei Codici di commercio: si tramanda da uno all'altro, e non è vera che in parte. Ci accingiamo a dimostrarlo, ed è perciò che, invece di farci portare comodamente dal rinvio, dobbiamo fare un annotamento alquanto lungo, quantunque disposti a non soffermarci se non dove si scorga modificarsi la teoria del mandato civile da quella della commissione commerciale; o dove s'incontri qualche momento disputabile.

244. Le commissioni per lo più si dànno per lettera (1). Pervenuta la lettera al commissionario, specialmente se eserciti questa professione, si presume l'accettazione (2), qualora non segua il rifiuto immediato (3). È questa una singolarità del diritto commerciale. Se altri fuori del commercio è pregato, richiesto, di assumere un mandato, ed egli non risponde, rifiuta, quando nessun altro fatto porga argomento di accettazione, sarà scortesia, ma non vi è legge che gli faccia debito di rispondere e di far conoscere il suo rifiuto sotto pena di qualche perniciosa conseguenza. All'incontro l'urgenza che suole distinguere tutte le operazioni commerciali, consigliò la disposizione che troviamo nell'articolo 72. La precisione del linguaggio, che è uno dei sommi pregi della redazione di un Codice, avrebbe dovuto in coerenza manifestarsi nell'art. 71 con una locuzione meno illimitata.

Noi ci dirigiamo ai commissionari (o così si chiamano senz'altro quelli di professione) con una certa sicurezza di trovare corrispondenza. Ecco un altro motivo per cui l'accettazione si presume dal silenzio. Ed è tanto fondato, che l'articolo 72 impone delle vere obbligazioni e delle responsabilità gravissime eziandio al commissionario che non accetta. Come egli debba ricoverare e mettere in sicuro le merci, lo dice quell'articolo; e Pardessus aggiunge (n° 558) che non gli sarebbe lecito di rimandare le merci al committente (4). Intanto, anche in codeste operazioni provvisorie egli è talmente un commissionario, che non solo può esigere gl'interessi delle somme sborsate a questo fine, ma riscuote i suoi diritti di commissionario (5).

Vi è ancora di più, secondo una dottrina perfettamente ragionevole. Se l'ordine è tale che non esponga ad alcun rischio il commissionario; se non si possa ritardarne la esecuzione senza gravissimo danno, nè vi sia tempo per informare la parte (6), è positivo dovere di un commissionario di subito eseguirlo. Tale sarebbe quello di fare un protesto che non si può differire al domani. Egli dovrebbe sempre

---

(1) Quella che dicesi *lettera di vettura* nelle relative materie è la più concludente; non però esclusiva, disse la Corte d'appello di Torino, 29 novembre 1858 (Bettini, part. ii, pag. 894).

(2) Corte d'appello di Lucca 15 febbraio 1856 (Bettini, part. ii, pag. 194).

(3) « Mandatarius si non potest explere mandatum, tenetur id denunciare mandanti, ut si velit, alterius opera utatur » (Casaregis, disc. 54).

(4) Concordano Vincens, tom. ii, pag. 128; Dalloz, v° *Commission*.

(5) Delamarre e Poitvin, *Contract. de commiss.*, tom. i, n° 167.

(6) La telegrafia ha resa molto più rara questa combinazione.

Digitized by Google

consegnare la cambiale al pubblico ufficiale incaricato di eseguire i protesti, dato che gli facesse ostacolo l'anticipazione d'una piccola spesa; e rifiutandosi il notaio, ricorrere al giudice. E così in ogni caso di pericolo imminente, di termine fatale, di decadenza irreparabile (1).

Ma se il rischio è grave e l'impegno personale, il commissionario non può esser tenuto ad assumerlo, benchè si tratti della cosa più urgente: di una cambiale da pagarsi in una data ora, di un deposito di danaro da farsi immediatamente sotto pena d'incorrere nelle più disastrose conseguenze. Il committente deve imputare a se stesso di non aver fatto i fondi necessari, di non aver prese le opportune misure.

Ove però le cose fossero di maniera che il commissionario potesse riparare all'urgenza, senza compromettersi personalmente, prestando cure intelligenti e proprie della circostanza, dovrebbe farlo per obbligo della sua posizione. Tale sarebbe, per esempio, il caso di aver ricevute delle tratte di case accreditate, con gire in bianco, e che tuttavia non vuole il commissionario riempiere col proprio nome. Non dovrebbe perciò arrestarsi, starsene inattivo; ma ove la piazza offra occasioni, valersene, anche per via di pubblici mediatori; corrispondere insomma come amico e come onest'uomo a chi l'onora della sua fiducia; e se nol fa, non manca soltanto a un debito morale, ma può essere colpito dalla legge colla obbligazione del danno (2).

In questo tema scrivendo quel gran pratico e quel gran galantuomo che fu il Casaregis, ci lasciò quest'aurea massima, che non è solo un documento di moralità, ma la soluzione di un problema giuridico: « Æquitas in materia « mercaturæ, est a jure scripta in genere, « nempe per viam regulæ... inter mercatores, « etiam non scripta in specie, sequenda est « in judicando; et, licet scripta fuerit in aliquo « casu tantum, trahi potest ad alium similem » (Disc. 76). La buona fede dell'operare umano non è meno un sostrato della legge civile; soltanto il commercio ha una tale espansione, è sì diffuso in tutti i punti della vita sociale, i suoi bisogni sono così indefiniti e d'ordinario così pressanti, che la legge non può dir tutto, non può provvedere a tutto; ma col motto *æquitas* in fronte, con simile divisa, che è quella della ragion naturale e della coscienza, governa, userò questa frase, tutti i casi non sistemati nelle sue formole.

245. Il mandato è sempre un contratto che si fa tra amici che fondono insieme, può dirsi, un interesse comune. I nostri antichi parvero avere un senso più delicato degli uffizi dell'amicizia, e fecero il mandato gratuito. Noi moderni crediamo che si possa essere amici e farsi pagare.

« Il mandato è gratuito *se non vi è patto in contrario* », dice l'articolo 1739 del nostro Codice civile. La dizione è comune a tutti i Codici, e viene significando che l'indole propria del mandato è di esser gratuito; soltanto il *patto contrario* non la snatura. Ma questa non è l'indole del mandato commerciale, conosciuto sotto il nome di commissione. Il patto contrario ed espresso sarebbe necessario a ritenerlo gratuito. Il Codice di commercio spagnuolo, che va fra i migliori, volle scritta la regola, che ogni commissionario ha diritto di esigere dal suo committente una retribuzione pecuniaria, che, in difetto di convenzione, sarebbe regolata dagli usi del paese (art 137). Il nostro invece stabilisce il principio di conformità fra il mandato civile e il commerciale!

Il mal esito dell'affare non priva il commissionario di questo suo diritto, ove non sia contabile di colpa e di falli gravi. Nè la revoca del mandato, nè l'abbandono stesso dell'affare per volontà del commissionario, non pregiudicevole, e giustificato da motivi.

246. Il commissionario che agisce in nome del committente (articolo 71) non è garante del contratto, non risponde della solvibilità dei compratori. Assai comune però è quel contratto, che i Francesi chiamano *de ducroire*, con cui il commissionario assume di garantire i compratori delle merci che il commerciante gli lascia in deposito per farne mercato, mediante un premio convenuto (3). È un vero contratto, cioè un contratto aggiunto a quello della commissione, e non si svolge nè si deduce da essa. Deve quindi risultare da convenzione, la quale però si desume talvolta dal

(1) Délamarre e Poitvin, tom. I, nº 168.

(2) L'accettazione, abbiam detto, può presumersi dal committente; ossia egli deve credere che non sarà corrisposto con un rifiuto nelle cose ragionevoli. Il rifiuto peraltro anche irragionevole, e che non fatto conoscere in tempo possa esporre il commissionario a risarcimento dei danni, come or ora si diceva, non può mai tradursi sino all'accettazione.

(3) Alauzet, *Comment.*, nº 384 e seg.; Troplong, vº *Mandat.*, nº 378; Délamarre e Poitvin, tom. II, nº 307, Lione, 29 dicembre 1842 (Sirey, tom. XLIII, p. II, pag. 423).

fatto, dal modo, onde le parti hanno proceduto fra loro in questa faccenda. È quella che chiamano commissione doppia (*double*) per distinguerla dalla semplice o senza garanzia.

È chiaro che questa specie di commissione non si applica che *alla vendita a tempo*. Una arbitraria dilazione che il proprietario accordasse, scioglierebbe il commissionario dall'impegno, eccetto un nuovo contratto. Se non interviene nuovo contratto, il commissionario rientra nei suoi naturali diritti, e percepisce il salario di commissione.

Questa forma di commissione passa forse in vendita? Se potesse in quella rinvenirsi un contratto di vendita fra il committente e il commissionario, ne seguirebbe l'importante effetto, che il pericolo della cosa sarebbe da quel punto a costui carico, ed egli ne dovrebbe ad ogni modo il prezzo. Questa idea è ben tosto dissipata dal riflettere, che il commissionario non si obbliga a pagare un prezzo, ma a riscuoterlo per conto del committente, e rimetterlo a lui dopo averlo realizzato da terzi: e in questo fatto opera evidentemente quale mandatario. Talvolta nelle grosse commissioni suolsi, oltre l'inventario delle mercanzie consegnate, fare anche una stima allo scopo che venendo a mancare o tutte o in parte per fatto o colpa del commissionario, sia anche stabilito l'indennizzo che ne deve tener luogo.

La stima degli oggetti mobili che si consegnano con obbligo di restituirli dopo un certo tempo, generalmente parlando, rappresenta il prezzo di una compra-vendita, mentre s'intende che la restituzione sarà fatta in danaro. Non è però che una deduzione da un fatto che comprende assai bene il carattere di una compra-vendita; manca però della sua base qualora i termini del contratto siano con essa inconciliabili. Un contratto che continua a chiamarsi di commissione, e la costituzione di garanzia nel commissionario, escludono ben chiaramente la vendita. Ripugna che il commissionario sia ad un tempo compratore e garante dei compratori, laddove la vendita resta ancora da farsi, e prezzo non vi ha se non qualora possa effettuarsi una vendita. Ne segue che, nonostante la stima, il pericolo delle merci permane nel committente, e il commissionario non è tenuto a pagare il prezzo di stima fuorchè la perdita gli sia imputabile: nè allora può dirsi prezzo di vendita, ma importo d'indennità previamente stabilito.

---

247. *Della forma del mandato di commissione.*

Ciò che costituisce la *forma* del mandato è il complesso delle prescrizioni che in esso si contengono; intendesi *delle sue qualità intrinseche ed estrinseche.*

I nostri antichi commercialisti, uomini profondi nell'analisi del diritto (1), distinguevano codeste qualità nel mandato; *intrinseche* dicevano quelle che avessero un rapporto immediato coll'oggetto del mandato, quasi *intrinsecandosi in esso; estrinseche* quelle che, espresse o sottintese, sono riferibili a fatti circostanziali, e sogliono piuttosto riguardare le modalità della esecuzione, le clausole o condizioni accessorie o naturali o consuete a simili contrattazioni.

Il mandato di commissione è *generale* o *speciale.*

Tizio commerciante sborsa a Caio altro commerciante centomila lire, e gli dice, spendete questa somma e fate un commercio per mio conto. Oppure, assumetevi il mio commercio, che per altro suole esser determinato in rami indicati e con limiti; tuttavia codeste forme, quantunque non comprensive di quella generalità illimitata che può concepirsi in un mandato civile, ha però delle proporzioni sì estese e indefinite che, commercialmente parlando, può appellarsi un mandato generale.

Bisogna però anche dire, che queste maniere di commissioni non sono quasi mai puramente tali; vi sarebbe una complicazione di effetti da superare in certo modo le previsioni del Codice; si usano poco, e nel fatto sogliono inchiudervisi elementi sociali, e allora si entra in un diverso campo giuridico.

Noi dobbiamo restringerci al mandato di commissione speciale, cioè *ad oggetto determi-*

(1) Nomino a causa d'onore BALDO, MARQUARDUS, SCACCIA, ANSALDUS, TURCHI, CASAREGIS, FABRO, lasciati i più recenti, e ringrazio i signori DELAMARRE e POITVIN dell'onore fatto ai giureconsulti italiani che furono maestri di sapienza anche nelle cose commerciali; onore di cui non ci furono mai prodighi gli scrittori di quella nazione.

Io debbo in gran parte a quegli egregi autori questa esposizione, e così dichiaro per non richiamarli ad ogni tratto; ma chiunque potrà consultarli (vol. I, nº 227 e segg.) e vedere ancora come io talvolta mi permetta scostarmi dalla loro dottrina, o presentarla sott'altra forma, o finalmente abbandonarla in ciò che vi ha di prolisso e superfluo; che è il difetto di quell'opera, d'altronde assai ragguardevole, riducendo la dottrina agli ultimi e precisi suoi termini.

nato, che è il suo proprio e, si direbbe, naturale carattere.

Il mandato di commissione *è facoltativo o imperativo*. Il primo, espressione d'una grande fiducia, rimette all'amico di fare del suo meglio, di comprare, di vendere, di conchiudere affari alla borsa o fuori secondo la opportunità e le occasioni favorevoli (1). *Imperativo* è quello determinato, almeno nell'oggetto e nel suo portato sostanziale: i passi del mandatario sono, per così dire, contati.

Le sopra indicate qualità, *intrinseche* o *estrinseche*, sono forme omogenee soltanto nel mandato imperativo (2); si presentano come condizioni più o meno essenziali, alle quali il commissionario si deve attenere; vero è però che le seconde sono di loro natura accidentali (3), semprechè non siano pur esse imperative al mandatario.

Si vuole che il commissionario, oltre le obbligazioni comuni a tutti i mandatari di eseguire fedelmente il mandato, ne abbia di speciali alla sua posizione di commissionario, quale sarebbe di non farsi nello stesso tempo venditore e compratore delle merci, avvegnachè possegga una certa larghezza di facoltà, un certo arbitrio di fare (4): precetto tradotto in legge nel Codice spagnuolo (5), secondo il quale il commissionario non può nè per sè nè per intermediario comprare le cose che è incaricato a vendere, salvo l'espresso consenso del proprietario. Questo rigore ufficiale, queste proibizioni assolute slanciate dall'alto di una legge, sono in verità troppo pesanti; è da preferirsi il prudente silenzio delle nostre legislazioni. Il commissionario, comprando, può fare anche l'interesse del committente: tutto dipende dalla lealtà con cui ha operato, e dalla giustizia della sua operazione.

248. Il precedente appunto introduce ad alcune brevi ricerche non prive d'interesse sulla esecuzione del mandato di commissione.

Se il prezzo determinato in un mandato di comprare e vendere è sempre condizione vitale (*pretium est de forma mandati*); per chi traffica sul più o sul meno del cambio, il prezzo è tutto.

Parliamo del mandato *ad emendum*.

Se voi, signor commissionario, avete comprato a un prezzo maggiore di quello al quale io ho limitata la vostra facoltà, è manifesto che voi non mi avete punto obbligato, che io non sono tenuto a ricever la cosa per quel prezzo.

Ma se il commissionario, che non ha potuto eseguire in altro modo la commissione, è pronto a cedermi la cosa e me l'offre per lo prezzo del mandato, sono io tenuto a riceverla?

La questione è decisa affermativamente dal giureconsulto Cajo colla più mite ed equa dottrina dei Proculeiani contro quella dei Sabiniani, e che pare anche di Paolo (6).

L'azione era pertanto accordata al mandatario come se avesse adempito il mandato nei suoi termini precisi (*secundum mentem mandantis*); al mandante non era, per contro, attribuita azione per reclamare la cosa acquistata a maggior prezzo; ossia nel primo caso era accordata l'azione *mandati*, nel secondo no.

Nel primo caso milita la più evidente equità, e la teoria moderna che s'ispira a questo principio, generalmente e di buon grado l'accetta (7). L'ostacolo che si elevava dalla logica inflessibile dei Sabiniani, come si vede, era questo: che se al mandante non compete dal mandato azione alcuna *in rem*, stantechè rapporto a lui gli è come se il mandato non avesse avuta esecuzione, niuna se ne dovesse concedere al mandatario — *iniquum foret*. Negli ordini rigorosi del diritto l'argomentazione dei Sabiniani era speciosa. Il mandato non è stato eseguito nè per me, nè per voi, essi dicevano, poichè io non voleva comprare che a cento lire il sacco, e voi, per una ragione qualunque avete comprato per cencinquanta. Voi mi offrite ora questa merce per cento, egli è vero, e io potrò bene accettarla, non però esser costretto ad accettarla; molto meno se non è per generosità e per onesto

(1) *Uti voluerit*, o *cum libera*, come lo chiamano i nostri antichi.

(2) Nel mandato *facoltativo* non vi sono veramente delle condizioni, cioè delle forme necessarie ad osservarsi.

(3) Come tempo più o meno lungo, se è consentita la vendita a tempo, modi e luoghi della consegna, persona del mallevadore, ecc.

(4) Poley, *Lex mercator*, Londra 1818.

(5) Articoli 161, 162.

(6) « Quod si ego pretium statui, tuque pluris « emisti, quidam negaverunt te mandati habere « actionem, *etiamsi paratus esses id quod excedit re-* « *mittere*. Namque iniquum est (non æquum) non « esse mihi, cum illo actionem si nolit; illi vero « si velit, mecum esse ». Leg. 3, § fin. Dig. mandati (Paolo).

« Sed Proculus, recte, cum usque ad pretium « statutum acturum existimat; quæ sententia sane « benignior est ». Leg. 4 eod. (Cajo).

(7) Pothier, v° *Mandat.*, n° 94; Troplong, Delamarre e tutti gli scrittori.

animo che voi mi fate questa offerta, stantechè dal momento della compra il prezzo della merce ha talmente ribassato che ora vale meno di cento.

Di fronte a una tale combinazione che in commercio è delle più frequenti, si può dire *benignior* la sentenza di PROCOLO? No: non è la sentenza più benigna, *è la più giusta*. Io mi permetto così di aggiungere il mio piccolo criterio a tutto quanto si è diffusamente detto su questo soggetto. *È la più giusta*, anzi la sola che sia giusta. Dirà il commissionario, voi mi avete dato ordine di comprare sulla piazza di Trieste del caffè, d'indicata qualità, a cento lire il sacco. Eccolo. Che resta perchè io non abbia adempita esattamente la commissione? Che potete voi pretendere di più? Poniamo che io avessi per errore, per un falso calcolo, per una ragione a me imputabile, spese cinquanta lire di più al sacco: che interessa a voi, che v'importa se sono io quello che perde, se voi non spendete un obolo di più del convenuto? (1) Il mandato non è eseguito allora soltanto che io persisto nel prezzo realmente sborsato. Allora, secondo me, la cosa cangia d'aspetto. Nasce una questione di buona o mala fede nella esecuzione del mandato, e un'azione di danno recato. Se realmente la piazza indicata o in genere il mercato non offriva il caffè a minor prezzo, io non vi ho fatto nessun male, l'acquisto è per me. Se invece il mandatario ha sbagliato, se ha fatto volontariamente un cattivo affare perchè la merce si poteva comprare entro il prezzo stabilito nel mandato, il mandante dirà ragionevolmente per parte sua: voi mi avete pregiudicato non eseguendo la commissione, e dovete risarcirmi il danno (2).

249. I commissionari si trovano spesso nelle posizioni più delicate. Quando la natura del negozio è tale che non ammette dilazione, quando non è possibile eseguirlo nei termini incautamente designati nel mandato (3), quando chi agisce è in luogo lontano e non può comunicare col suo committente (perchè non ci sono telegrafi dappertutto), è difficile stabilire *a priori* una regola di condotta.

Non sempre la compra o vendita ha per oggetto una speculazione sul cambio. Talvolta non è che un mezzo per effettuare un negozio al quale è attaccato un grave o gravissimo interesse. Pietro commerciante di Livorno deve consegnare al Pireo un carico di grani di Odessa in un giorno determinato sotto pena di una multa enorme (4); e incarica un commissionario di Odessa a comprarlo stando nei limiti di. . . . ., prezzo che non si vuole oltrepassare. Il commissionario è messo in cognizione dell'affare e delle sue conseguenze. I grani sono in continuo aumento perchè la carestia del genere è grande su tutte le piazze. Il commissionario non può comprare al mercato desiderato del committente; deve spendere molto di più. Ma riflette che, malgrado questo, egli serve utilmente all'incarico evitando al suo committente il disastro della multa e dei danni di cui sarebbe responsabile; compra e spedisce. I pratici, ponendo mente a simili combinazieni, fanno appello alla teoria del *negotiorum gestor*, e osservano se in fondo il commissionario abbia utilmente operato, anche deviando in qualche parte dalle ingiunzioni del committente; e riconoscono in lui azione legittima per quei diritti e indennità che derivano dal prestato uffizio.

In siffatti gravissimi casi (5), quell'acuto e universo ingegno giuridico che fu BALDO (6), a facoltizzare la estensione del mandato, poneva le seguenti condizioni: 1° ciò che è fuori del mandato tenda al fine del mandato medesimo; 2° che l'azione sia imposta dalla necessità o dalla utilità evidente; 3° che la quantità o misura della cosa commessa non sia sorpassata; 4° che tutto ciò sia praticato in tempo e luogo opportuno.

Una quinta condizione deve aggiungersi. Che, potendo, si avvisi il committente, e se ne attendano le istruzioni. Il commissionario che agisce in buona fede in quel modo, esamina la posizione dal suo punto di vista; ma se per

(1) Io non ho neppure bisogno di dirlo che io ho speso di più, voi potete ignorarlo.

(2) È facile, mutate le parti, applicare la teoria alla commissione *di vendere*.

(3) Dico *incautamente*, perchè in simili contingenze il commissionario deve sempre procurarsi delle facoltà.

(4) Si tratta di approvvigionare la fortezza di Corinto minacciata d'assedio.

(5) Poniamo un altro esempio. Pietro è per cadere in fallimento se vendendo immediatamente un deposito di olio che ritiene nei suoi magazzeni di Bari non paga in giornata o nel giorno appresso, l'ultimo del mese, alcune accettazioni di cospicuo ammontare; e stando a Cagliari, si dirige a un commissionario di Bari in prossimità alla scadenza, svelandogli la sua posizione, ma con raccomandazione di sostenere il genere a un prezzo da lui determinato e che non si potè ottenere.

(6) Cons. 334 e 379; DELAMARRE e POITVIN, tom. 1, num. 315.

caso fosse improvvisamente cangiata, se il committente, a causa d'esempio, ha potuto realizzare una grossa somma, o ha ottenuta una proroga, il committente, avvisato, forse non avrebbe sagrificato ad una necessità dalla quale si sentiva premere il commissionario, ma che in realtà aveva dato luogo. Questo sarebbe un gran fallo e una grande responsabilità. Non solamente il commissionario si espone a dover rifondere il danno per la differenza del prezzo, ma eziandio a rimetterci il valore dell'intero se per disgrazia le merci comprate perissero. Ma casi son questi governati dalle circostanze e da apprezzarsi dalla buona coscienza dei giudici.

—

250. *Fine del mandato di commissione.*

a) *Rivocazione del mandato fatta dal mandante* (articolo 1757 del Codice civile).

La Corte di cassazione francese decise (24 dicembre 1817) che il mandato del commissionario cessa al momento in cui gli perviene la notizia della revoca fattagli dal committente; e allo stesso momento egli deve sospenderne la esecuzione. *P.*, commissionario, a fare una spedizione di mercanzie ad Havre (la specie contemplata dalla Corte) aveva noleggiato una nave, non però cominciato l'imbarco, quando gli pervenne il contrordine. Per avere noleggiata la nave si credette autorizzato a fare la spedizione, e fu condannato nei danni cagionati per questo suo fatto arbitrario.

Intanto la revoca del mandato « notificata « soltanto al mandatario, non può opporsi ai « terzi, i quali, ignorandola, hanno agito in « buona fede con esso, salvo al mandante il « regresso contro il mandatario » (art. 1759 del Codice civile). La scienza della revoca, rispetto ai terzi, è un fatto apprezzabile dai giudici.

b) *Rinuncia del mandatario.*

È regolata dall'art. 1761 del detto Codice.

La rinuncia può sempre farsi, ma deve farsi in tempo opportuno (*re integra*) (1); ecco ciò che troppo giustamente si esige onde il mandatario non abbia a rispondere dei danni causati dal suo imprudente modo di agire. Intorno a ciò la teoria civile non differisce dalla commerciale, in ordine ai principii; e se i doveri di un commissionario sono generalmente riconosciuti più rigorosi, con questo non si fa che esprimere la difficoltà di poter rinunciare un mandato di commissione in corso senz'alterare e pregiudicare una folla d'interessi che d'ordinario si raccolgono sotto l'azione di un commissionario. Non si mette in disputa se un commissionario possa di sua libera volontà rinunciare, purchè non arrechi danno di sorta al committente; ma più presto se per il pericolo *di suo notabile danno* possa cavarsene senza esporsi egli medesimo ai danni che arreca, attesa la incongruità e inopportunità della sua rinuncia non giustificata da impotenza e necessità (2).

La legge non ha messo in capo alle *giuste cause* della rinuncia la impotenza e la necessità del mandatario, certo perchè vide quanto fosse cosa superflua il dichiararlo, ma resterà sempre un punto di grave dubbio il decidere, quale sia il *notabile danno* proprio che possa onestamente bilanciare il dovere che nel mandato si è assunto di condurre a riva e a buon termine l'affare del mandante.

Il punto a sciogliersi praticamente, certo è più arduo negli affari commerciali che nei civili, benchè si venga ora dal notare che non vi può esser differenza sui principii.

Sulla causa del *danno notabile* si dovrà primieramente introdurre una distinzione. Se il nostro disagio o la contrarietà che proviamo a persistere nel mandato, atteso il pregiudizio che ne risentiamo negli affari nostri particolari, abbia origine anteriore all'accettazione del mandato, e fosse in qualche modo prevedibile; o piuttosto la causa sia sopravvenuta e posteriore. Si comprende che in materia civile, in quelle gestioni specialmente che hanno tratto successivo, anche il disagio notevole che poteva prevedersi, può essere legittima scusa, o almeno sarà più di leggieri scusabile, non portando generalmente incomodo molto grave al mandante che potrà facilmente provvedersi d'altro rappresentante. Ma un commissionario di professione, che assunto un lucroso e brigoso affare già sentiva sin d'allora le difficoltà e i pericoli della sua missione, benchè qualche nuovo avvenimento abbia reso più arduo il compierla, e poss'anche andare

(1) « Il mandatario può rinunziare al mandato, « notificando al mandante la sua rinunzia. Tuttavia « il mandante, *se tale rinunzia lo pregiudica*, deve « esser tenuto indenne dal mandatario, *salvochè « questi non possa continuare nell'esercizio del mandato senza notabile suo danno* » (articolo sudd.).

(2) Il diligente discepolo del Fabro scriveva, il mandato cessare, fosse integra o no la cosa: *si tamen justa causa intervenerit, cur mandatarius non renunciaverit, aut intempestive renunciaverit, cessat mandati actio* (Hucbenatus, *Jurisprud.*, vol. xi, § 33, Institut., § Mandatum de mandato). E secondo Oinotomo, al testo suddetto, il mandatario è scusato dalla intempestività *justa causa*.

incontro a un certo *notabile danno*, non crederei potesse esentarsene al tutto impunemente, esponendo il suo committente ad altri e ben maggiori danni.

Ma lasciando stare la influenza che la previsione del danno deve sempre avere sui fatti di coloro che se ne valgono come pretesto per esonerarsi dal compimento di assunti doveri, io stimo che, in commercio, il *danno notabile* della legge civile debba intendersi *danno gravissimo e pressochè intollerabile*, a fronte dei pericoli a' quali si lascia esposto il committente con tanto gettito della fiducia da lui riposta nel commissionario; stimo insomma che debba equivalere ad una specie di necessità inevitabile.

Prendasi l'esempio del sopravvenuto bisogno di attendere ai propri affari, quale sarebbe se un commissionario di Genova, acquistata una eredità in America, sia chiamato dalla importanza de' suoi affari a recarsi colà e abbandonare l'Italia. Si può ammettere fra le cause legittime della rinuncia questa specie di bisogni personali qualora il danno che si è per recare al committente consista nella privazione dei vantaggi che la solerte industria del commissionario potrebbe portargli continuando nel negozio. Ma la ragione e la buona fede ripugnano che, per assestare le proprie cose in quel modo migliore che può farsi coll'assistenza personale, e quindi per non esporsi a *notabile danno*, sia lecito correre altrove senza prevenire il committente se non con un semplice avviso di rinuncia, e lasciare in mano a Dio le cose affidate; e credo non gioverebbe al commissionario la scusa, non ponendo intanto o per sè o per alcun altro conveniente riparo ai pericoli dell'abbandono.

Ora m'incontro in un passaggio degli autori *du contrat de commission* che mi giova riferire « Supposez-moi maintenant consignataire « d'un navire, et chargé pour vous d'en former « l'équipage et la cargaison, de l'expédier, de « faire les avances, etc. à qui paraîtrait-il « juste que je puisse laisser le navire et son « armement, pour aller au loin soigner mes « propres affaires, sans égard à ma promesse « et à l'immense préjudice que cet abandon « vous a causé » (1).

Concludo: una glossa importante, ma più importante nelle sue applicazioni al commercio, dev'esser apposta all'articolo 1761 del Codice civile, che ne faccia conoscere la vera e razionale interpretazione, e ci preservi da equivoci funesti.

c) *Per interdizione e per fallimento del mandatario o del mandante.*

E in simili casi il mandato si estingue come *per morte;* non reggendosi più per quel consenso permanente che lo mantiene in vita. Il mandato è un atto d'amministrazione: il mandante, fallito, ne è privato. Il commissionario resta tuttavolta in possesso della sua azione, ma come un *negotiorum gestor*, e soltanto per deporla, dirò così, dolcemente, senza scosse e col rispetto di tutti gli interessi che vi si rannodano o ne dipendono.

Articolo 73.

Il commissionario a cui fu fatta o promessa la spedizione di merci da un'altra piazza per essere vendute per conto del committente, ha privilegio per le anticipazioni, gli interessi, le spese e per il diritto di commissione sul valore delle merci stesse, se queste si trovano a sua disposizione nei suoi magazzini o in un deposito pubblico, oppure se, non essendovi ancor giunte, può provare per mezzo di polizza di carico o di lettera di vettura la spedizione che gliene fu fatta.

Il privilegio si estende anche alle somme somministrate dal commissionario durante il possesso della merce.

Articolo 74.

Al commissionario che ha comprato merci per conto altrui, spetta il privilegio stabilito nell'articolo precedente anche per il prezzo pagato o che deve pagare,

(1) Fra le cause che autorizzano una *intempestiva rinuncia* (onde il mandato *non redundet in eum capito qui suscepit mandatum*) si annovera nella Leg. 23 Dig. mandati vel contra. — *Sane si valetudinis adversæ, vel capitalium inimicitiarum*, nella Leg. 24; — *Seu ob inanes res actiones.* — Ma le *inanes actiones* potevano forse prevedersi; assunto l'affare sarebbe troppo giusto, che meno una promessa anteriore, il committente debba prestare i fondi. Lo abbiamo osservato anche di sopra in qualche argomento affine al presente.

Digitized by Google

purchè le merci si trovino a sua disposizione nei suoi magazzini o in un deposito pubblico, ovvero, se le merci non sono ancor giunte nel magazzino del committente, provi con polizza di carico o lettera di vettura la spedizione che egli ne ha fatta.

Articolo 75.

Il commissionario cui furono spedite merci o che le ha comprate per conto del committente, ove per conto di questo le abbia vendute e consegnate, si rimborsa col prodotto della vendita del montare delle sue anticipazioni, degli interessi, delle spese e del diritto di commissione, con preferenza sui creditori del committente.

251. *Ragione di metodo.*
252. *Nozione generale del privilegio del commissionario.*
253. *Non doversi estendere il privilegio da persona a persona. Ampiezza del contenuto legale quanto alle cause dal privilegio. Diritto di commissione.*
254. *Intorno al punto: se le anticipazioni soltanto posteriori all'invio delle merci siano da comprendersi nel privilegio, varietà delle opinioni e della giurisprudenza francese.*
255. *Secondo alcuni maestri, il privilegio del commissionario ha la sua base nel diritto di ritensione; secondo altri non è che una sorta di pegno.*
256. *Analisi dell'articolo 73. Chiarezza di redazione; è stabilito che il credito privilegiato può avere origine anche anteriore al materiale invio delle merci. Passaggio all'esame dei principii.*
257. *Non si ammette razionalmente che il privilegio del commissionario sia da qualificarsi per un diritto di ritensione; non può ammettersi giuridicamente, essendo ciò escluso dalle nostre leggi.*
258. *Il privilegio del commissionario non ha neppure riscontro nel pegno; appartiene a se stesso come una creazione della legge commerciale; e quale sia il grado di preminenza che gli compete.*
259. *Il privilegio del commissionario, legittimamente acquisito, è mantenuto in confronto dell'azione di rivendicazione accordata al venditore non pagato, in caso di fallimento.*
260. *Se il credito del commissionario è nato nei dieci giorni precedenti la cessazione dei pagamenti, il privilegio che ne sussegue non sarebbe annullabile, essendo il commissionario in buona fede.*
261. *Del commissionario e del sub-commissionario; e della forza dei loro privilegi rispettivi.*
262. *Escursione sul diritto di ritenzione o di pegno che compete all'agente di cambio sulla così detta* couverture *pei titoli relativi alla sua commissione.*
263. *Diritto di salario o di provvisione del commissionario. Alcune regole principali.*
264. *Il commissionario impedito ha obbligo di sostituire, potendo, altro commissionario; questi ha diritto ad un salario separato e proprio. La facoltà di sostituire senza responsabilità personale, deve ritenersi,* necessitate rei, *implicita nel mandato; contro la teoria dei signori* Délamarre *e* Poitvin.
265. *Convenzione dello* star del credere; *e suoi principali ed essenziali caratteri.*
266. *Valore della formula — essere* a disposizione *del commissionario. Del possesso simboleggiato dalla polizza di carico o lettera di vettura. Il Codice di commercio dichiara ch'essa può esser fatta —* all'ordine *— o* al portatore.
Quid *se il commissionario non avesse ancora ricevuto la polizza o lettera, ma fosse già impostata alla sua direzione?*
267. *La girata della polizza di carico o della lettera di vettura, in quanto riguarda un commissionario, non porta la somministrazione del valore. Per qual ragione.*
268. *Osservazioni speciali all'articolo 75. Se sia necessario stabilire e come si stabilisca una relazione fra la causa del credito e il materiale del pegno.*
Del prezzo o di acconti del prezzo pagato dal commissionario al committente; e quando la commissione dicasi compiuta.

Digitized by Google

251. Il nesso di questi quattro articoli è assolutamente inscindibile; essi stabiliscono al commissionario una posizione favorevole onde potere con una certa sicurezza esser soddisfatto e delle sue spese e dei suoi diritti in confronto ai terzi che vi oppongono i loro crediti; o coll'azione che ne deriva, si estendono sulle merci della commissione. I primi tre articoli presentano tre distinte combinazioni o aspetti della commissione; il fine però a cui mirano è identico, variate alcune circostanze per cagione del fatto: l'ultimo articolo adotta una limitazione sulla forma in una specie ove il favore del commercio fa minor forza.

252. La *dualità* è contenuta nel concetto di privilegio quale motivo. Vi è privilegio perchè vi sono più crediti che si disputano una materia di pagamento, ugualmente giusti e veri, ma che hanno una *causa reale* più o meno immediata sull'ente disponibile; ed è generale o speciale. Talvolta è la causa di tutta l'umanità che viene a ricevere il suo omaggio dalla legge positiva. Tali sono le spese funebri, quelle d'infermità e di alimentazione. La legge civile non presuppone quello spirito di carità che è proprio della morale. Se alcuno solleva l'uomo sofferente e gli rende il pio ufficio della tomba, la legge è pronta a indennizzarlo del sagrificio materiale per allettare altri a ripetere questi atti di umanità. Il privilegio del commissionario è sostenuto da una causa generale e da una causa speciale. Quella è il favore del commercio di cui il commissionario è uno degli organi più attivi ed efficaci. È anche speciale, imperocchè l'opera del commissionario ha una applicazione immediata e concreta *super re*, sulla materia, oggetto del privilegio. Vero è che la sua azione non è propriamente conservatrice, o almeno non è questa a rigore la causa del privilegio. Non sempre l'azione del commissionario è utile a una famiglia di creditori: ma lo è talvolta. Supponendo che egli acquisti per conto altrui una certa quantità di merci; e poco dopo il committente fallisca, egli fece *rem utilem* a tutti i creditori che hanno conseguito con ciò un mezzo di pagamento. Ma ciò almeno non è nelle sue viste e nell'indole della sua missione. Per lo più i diritti del commissionario hanno una causa di interesse particolare e non d'interesse comune. E allora il suo titolo di preferenza (più o meno potente, come vedremo in seguito) si giustifica col favore di un principio più astratto d'interesse generale, quello del commercio. La legge, quando trattasi di privilegi, deve sempre librarsi fra molti interessi lottanti; e gli interpreti, per non essere rimproverati come si fece ad alcuni molto disposti ad estendere il privilegio dei commissionari, devono ispirarsi agli stessi principii.

253. Rispetto *alla persona* io credo primieramente che il privilegio del commissionario sia proprio di lui e non si estenda ad altri, quantunque sia stato detto ch'esso si estende a qualunque locatario « bailleur de fonds, « quelle que soit sa qualité, ayant fait des « avances sur des marchandises » (1). Se questo non è errore, è almeno una inesattezza che bisogna evitare. Chiunque ha fatto delle spese necessarie od utili alla merce, ponendola al coperto e al sicuro nei magazzini, sottoponendo il grano a una epurazione onde preservarlo dagli insetti, ecc., ha senza dubbio un privilegio, ma non è quello del commissionario, ed è attinto dal diritto civile (art. 1938, nº 7). Anche l'anticipazione di spese di trasporto, di dogana e di dazio, attribuisce privilegio d'ordine ugualmente civile (art. 1938, nº 9). Il privilegio che non si attacca insieme alla funzione di commissionario, diversifica, o almeno può diversificare, d'intensità e di grado (2).

Io quindi non sarei facile ad estendere il privilegio da persona a persona.

Divido cogli autori la inclinazione, non dirò benevola ma giusta, di spiegare favorevolmente al privilegiato quelle varie specie di anticipazioni e di spese che possono richiedersi dal bisogno della merce e allo scopo della commissione. Ben vedete che non è ampliazione, metodo da sconsigliarsi in fatto di privilegi. È semplicemente uno svolgere e mettere, per così dire, in aperto il contenuto dei testi.

« On entendra par avances (ha detto il signor Dalloz), les mandats acquittés, les crédits ouverts, les achats faits au nom du commettant, les paiements opérés pour lui, en un mot tout ce qui a lui profité ou vient à sa décharge » (3). Così le spese di trasporto, di magazzinaggio, di dogana, di purgazione delle materie che ne avessero d'uopo per risanarle,

(1) Alauzet, *Comment.*, nº 115, Cassazione francese, 6 maggio 1815; Nancy, 11 dicembre 1838; Bordeaux, 28 gennaio 1816; Troplong, *Nantiss.*, num. 139.

(2) Così decise molto giustamente la Corte d'appello di Genova (13 marzo 1855, Bettini, part. ii, pag. 486).

(3) Dalloz, *Répert.*, vº *Commiss.*, nº 149.

igitized by Google

o renderle più appariscenti ed atte al commercio, e via discorrendo (1).

Aggiungiamo: che si dovrebbero riputare vere anticipazioni le accettazioni che si fanno dai commissionari eziandio prima della scadenza e del pagamento effettivo; riserbandoci di esaminare come per queste e per altre anticipazioni si eserciti il privilegio reale (2).

L'antica usanza del commercio aveva già parificato negli effetti le *anticipazioni* e le *provvisioni* o *salario* del commissionario fra quei diritti che devono ricoverarsi sotto un privilegio (3); e non si fu molto sottili nel ricercare in qual guisa o in quali proporzioni, e su quale materia il diritto di salario (oggi *diritto di commissione*) potesse applicarsi. Moderni scrittori credono potere riassumere la dottrina comune nella proposizione che il salario, senza distinguere operazioni specifiche, si richiede con privilegio — *pour le solde général de son compte, sur toutes celles* (cose) *dont il a la detention, quelque étrangères qu'elles soient au résultat de ce compte* (4).

Resta sempre a discutersi intorno ai *rapporti di realità* che per avventura si dovessero stabilire fra il credito e la materia, soggetto del privilegio. Ne parleremo più avanti. Ora basti constatare che il nostro Codice di commercio ha riempito finalmente questa lacuna (5); ed era indispensabile. È sempre grave cosa presupporre un privilegio innominato, e rivestirne un'azione puramente personale: il privilegio è una creazione del diritto positivo.

—

254. Sono note le controversie che attorniarono, per così dire, l'articolo 93 del Codice di commercio francese, controversie che dovevano avere una importanza se giunsero a interessare i più eminenti scrittori della materia; ma può chiedersi se dopo la comparsa del novello Codice italiano quell'interesse non sia venuto meno, se per avventura non siasi trovata la parola per isciogliere la difficoltà.

Le questioni che da tempo non breve si sono fatte, si riducono a due: se il commissionario abbia diritto di privilegio per le anticipazioni *anteriori al possesso o almeno alla spedizione delle merci*; e a quale categoria di privilegi sia da noverarsi quello di cui si tratta.

È manifesto che con simili discussioni non si mette in dubbio il diritto e l'azione del commissionario verso il proprio cliente, ma si vuole assestare e porre in sodo la base giuridica del privilegio onde siano bene intesi e ben definiti i suoi limiti a garanzia degli altri creditori (dei terzi), che tanto perdono di libertà quanto il privilegio si estende.

Diamo una scorsa alla prima questione.

Il privilegio è fatto per ricoprire le *anticipazioni*; le spese cioè ed i pagamenti *anteriori* al tempo in cui la merce viene realizzata o può realizzarsi: rapporto a quelle che si fecero *durante il possesso*, non è mai stata difficoltà. La difficoltà è nata rapporto a quelle anticipazioni che si mostrano anteriori ad ogni possesso (6); giacchè allora il nesso fra il gius e la realtà, affetta al privilegio, non è egualmente perspicuo.

Vi ebbero giureconsulti disposti a girare la difficoltà col presidio di un principio generale, il favore del commercio. VALIN, nel celebre *Commento alla Ordinanza di marina* (7), pronunciò sin dai suoi tempi questa soluzione, sostenuta dagli usi commerciali, come ci attesta il DALLOZ; che però non sembra convenirne, almeno per la ragione detta da VALIN. Tuttavia la questione, nel primo aspetto assai semplice, si venne complicando quando vi si appressò il problema giuridico del titolo legale pertinente a questa maniera di privilegio. Se si crede che abbia per base il *pegno*, si comprende tosto che un credito anteriore può venirne coperto al momento in cui il pegno si effettua. Ma allora si ricerca una convenzione, come più sotto diremo. TROPLONG, propugnatore del sistema del pegno, ritiene che le anticipazioni sono privilegiate in quanto si fecero a *spedizione cominciata* delle merci (*Nantissement*, n° 238 e seg.). Il DALLOZ è completamente di questa opinione (*Répertoire*, v° *Commission*, n° 143): le specie giudicate per non

(1) Cassazione francese, 22 luglio 1837, Bruxelles, 25 febbraio 1828.

(2) Cassazione francese, 14 marzo 1835.

(3) Il che fu già avvertito nel diligente ed esatto *Manuale* del Codice di commercio albertino, per gli avvocati SOSSI e MONTAGNINI (Commento all'articolo 102, § 111.

(4) DELAMARRE e POITVIN, tom. II, n° 233.

(5) Vera lacuna, poichè a mostrare che negli enunciati *avances intérêts et frais* non si comprendono obbligazioni personali del committente, valga l'articolo 80 del Codice di commercio olandese (Tradur. Faucher).

(6) Vi sono altresì motivi di dubitare rapporto a pagamenti fatti *dopo la rendita* nel caso dell'articolo 73; e ciò vedremo più sotto. Anche questo è d'uopo avvertire per non prendere le proposizioni incidenti in un modo troppo assoluto.

(7) Lib. II, tit. X, n° 3.

Digitized by Google

ammettere il privilegio del commissionario, che per le anticipazioni posteriori all'acquisto di un possesso qualunque o reale o simbolico, sono già molte (1).

Nondimeno scrittori più recenti, e che hanno fatto studi speciali su questo soggetto (2), non dubitano di asserire, che il privilegio esiste, sia che le anticipazioni si facessero, essendo già in corso la spedizione delle merci, sia « lorsque la consignation a été envoyée *par « sûreté d'une créance antérieurement con- « tractée et à une époque où le commissionaire « n'avait pas encore réclamé cette garantie* (3).

Si vuole ricordata da ultimo una decisione francese, che, quasi arrestandosi in faccia a tanto rigore, propone un temperamento. La spedizione delle merci, in vista delle quali si è fatto l'anticipo dal commissionario, dev'esser fatta *sans délai;* il tempo necessario all'imbarco, se breve, si conterà in vantaggio; massime se « il y avait *simultanéité* entre les re- « mises du fonds et celle des connaisse- « ments » (4).

255. Vedremo tutto questo nel rispetto della nostra legislazione: ora portiamoci all'altra questione, che mantiene anche oggidì tutto il suo interesse.

I Codici di commercio hanno registrato questo sommo privilegio del commissionario; non lo hanno classificato: forse hanno stimato non averne bisogno, mentre non si trattava di formare un sistema nel quale i privilegi vengano a prender posto in un ordine che si direbbe gerarchico.

Nondimeno appare ben presto la necessità di avere la nozione distinta e caratteristica del privilegio, mentre la sua attuazione è conflitto; e se ci raffiguriamo il caso tanto frequente del privilegio di un commissionario che viene a discutersi in un fallimento, noi siamo costretti a dover misurare la forza di questo privilegio in confronto di altri che reclamano la preferenza.

Gli autori del *Contrat de commission* sentono come sia d'uopo dare al privilegio del commissionario una base positiva, e si direbbe costante, e metterlo al coperto da quei concorsi che potrebbero anche ridurlo a una mera illusione. Essi ritengono che dovrà essere stabilito in un diritto *di ritenzione*, ma di una ritenzione *sui generis*, a così dire, non soggetta a svanire per forza di privilegi generali, che non hanno mestieri di una consimile base.

Il pegno è convenzionale (5); esso ha quindi un carattere più limitato *della ritenzione*, che si presenta invece quale una *guarentigia naturale* (6), l'unica possibile, a certe azioni di credito protette da una equità primitiva. Il diritto di ritenzione sorpassa nella sua ampiezza il concetto di privilegio, e sfugge talvolta alle stesse previsioni della legge civile che non si occupa infatti a definire il diritto di ritenzione, quasi concetto per sè stante, indipendentemente da circostanze specifiche per le quali una tale guarentigia si renda necessaria; quindi nei Codici civili non sogliamo trovarne che delle applicazioni sparse secondo i suggerimenti dell'equità, nella varietà dei casi.

È solo nel diritto di ritenzione che il commissionario può avere quella sicurezza che conviene ai suoi diritti, e il commercio riposare tranquillo nella solidità di questo mezzo (la commissione) da cui riceve tanto slancio, e del quale si ha tanta necessità nel vortice delle negoziazioni che s'intrecciano in tutte le parti del mondo.

Tale è il sistema dei signori Délamarre e Poitvin (7).

Esso però non sembra avere molti seguaci. Se ne scostava Troplong dicendo: « Le com- « missionaire a *un gage* tacite dans les choses « qui lui ont été confiées » (8). Il Dalloz conviene in questa sentenza, e nega assolutamente la teoria di quegli scrittori (9). Ampliando la stessa dottrina di Troplong, si spinge a dire, che il commissionario deve ga-

(1) Decisioni francesi. Cassazione francese, 4 dicembre 1848 (Sirey, tom. xlix, p. i, pag. 5); 13 novembre 1850 (ivi, tom. l, p. i, pag. 769 e 774); Aix, 14 gennaio 1851; Nimes, 7 giugno 1843; Douai, 29 novembre 1843; Bordeaux, 22 dicembre 1847; Grenoble, 13 aprile 1828.

(2) Délamarre e Poitvin, *Contrat de commiss.*, tom. ii, num. 382, 397, e in altri luoghi che citeremo in appresso; Alauzet, *Comment.*, nº 419.

(3) Alauzet, nº 421. — Si è disputato intorno ad un sistema intermedio. Se la spedizione fu *promessa formalmente*, ma non ancor mossa? Qualche autore, fra i quali il Massé (tom. vi, num. 490 e 491), accetta il senso più favorevole al commissionario: si rammenta però una decisione che nell'atto pratico lo respinse (Nimes, 7 giugno 1843, Sirey, t. xlix, part. ii, pag. 1, nota).

(4) Rouen, 7 luglio 1853.

(5) Articolo 1878 del Codice civile: *il pegno è un contratto*, ecc.

(6) Il Valin, rapporto al diritto del commissionario di ritenere la cosa sulla quale ha prestato, lo chiamava energicamente *saisie naturelle*.

(7) Tom. ii, num. 225 e seg.

(8) *Nantissement*, num. 42.

(9) *Répertoire*, vº *Commiss.*, nº 143.

Digitized by Google

rantirsi con atto pubblico, o anche privato; e in ciò consiste la conseguenza pratica più importante di questo sistema, portato a un certo rigore. Un autore dei più recenti, l'ALAUZET (1), se ne sta dubitante, e finchè la *jurisprudence soit mieux fixée sur cette question*, egli dice, la prudenza esige che il commissionario *prenda le più minute precauzioni* per non perder il suo privilegio. Il suo consiglio è di seguire, in certi casi dubbi e pericolosi, le norme dell'articolo 95 del Codice di commercio francese, al quale corrisponde l'articolo 76 del nostro. E diffatti il rapporto che passa fra l'articolo 93 ed il 95 di quel Codice non pare fortuito nè indifferente, e vi si ravvisò come confermata la nozione virtuale del pegno.

Il pegno però di cui si parla in ordine ai commissionari, secondo lo stesso sistema, non è quello del Codice civile. Non lo è, mentre l'articolo 2084 del Codice Napoleone letteralmente spiegò che *le disposizioni di quel titolo non erano applicabili alle leggi commerciali.* Non lo è, per la forza oppositiva dell'indicato articolo 95, che non imponeva le formalità del pegno civile, se non rapporto alle commissioni che si esercitano nel giro della stessa piazza.

—

256. È tempo di fermarci e di ragionare alquanto per conto nostro e sulle nostre leggi.

Le prime parole dell'articolo 73 mirano a sciogliere il problema delle spese *anteriori* o *posteriori* alla spedizione delle merci.

A differenza degli altri Codici di commercio, accenna non soltanto alla spedizione fatta, ma *eziandio promessa*, e mostra che il credito non è meno privilegiato se preceda la stessa spedizione. Vero però che lo sborso deve avere contemplazione *alla spedizione promessa:* del che parleremo più avanti.

Il privilegio del commissionario è fra quelli che hanno per condizione essenziale il possesso. È d'uopo pertanto distinguere fra la natura del credito *abile ad essere soddisfatto con privilegio;* e il fatto col quale *si realizza il privilegio*. Se le merci non si troveranno mai nella disponibilità del commissionario, il suo credito resterà in eterno un credito semplice, un'azione personale verso il committente.

È anche d'uopo che quel credito rimanga; che non sia stato domandato con azione personale, che importerebbe o la rinuncia all'incarico e quasi pentimento di aver assunto la commissione, o rinuncia al diritto reale. Ora, quando è che, viaggiante ancora la merce, non munito il commissionario che di una polizza di carico o lettera di vettura, si ha d'uopo di far valere il privilegio? Certamente quando la merce è appresa o sequestrata da altri creditori contro i quali il commissionario deve lottare per essere pagato di preferenza sul loro valore.

La *commissione a vendere*, e le azioni privilegiate del commissionario, sono contenute nell'articolo 73, mentre l'articolo 74 riguarda i diritti del commissionario *compratore*, e il seguente contempla la specialità delle merci già vendute per conto e consegnate. Essendo i casi diversi, qualche applicazione può variare, quantunque il principio che ora esaminiamo rimanga identico. Qui si dovrà esaminare il carattere legale del privilegio.

257. Bisogna convenire nella necessità di assegnarvi il suo posto giuridico. Un privilegio non può considerarsi del tutto isolato e affrancato dalla concorrenza. Vero è che molte volte non fa che attestare un'affezione reale che modifica le ragioni della proprietà posteriormente acquisite. Se il committente alienasse le mercanzie dopo che la commissione fu proposta ed accettata, il privilegio del commissionario si eserciterebbe di fronte all'alienatario e non in confronto di altri privilegiati. Allora si sentirebbe meno il bisogno di stabilire *l'attributo d'ordine e il valore di relazione* che appartiene al privilegio del commissionario. Si potrebbe anche credere una ricerca, dotta se vuolsi, ma oziosa, ma inconcludente, posto che la volontà della legge potesse effettuarsi secondo la semplicità della sua disposizione e senza risalire più oltre. Ho già osservato, e lo vedremo tosto inoltrando il discorso, che il privilegio del commissionario ha pure i suoi rivali, e ha bisogno di conoscere se stesso e le proprie forze; ed è, quando viene combattuto da altri privilegi.

Il *diritto di ritenzione* non è un privilegio, ma una *guarentigia reale* per essere soddisfatti sulla cosa altrui che si detiene, ossia è il mezzo col quale realizzare un privilegio (2). Gli illustri autori del *Contrat de commission* hanno stimato di comporre col loro ingegnoso trovato una base più solida e sicura al prezioso diritto dei commissionari. Il privilegio pignoratizio, che non è di prim'ordine, è soggetto, essi dicono, a subire la poziorità di altri privilegi;

(1) Bisogna convenire: egli non ha fatto uno sforzo di più per chiarire la questione; appena è leggermente avvisata.

(2) Articolo 1878 del Codice civile; articolo 106 del Codice di commercio.

Digitized by Google

richiede inoltre più o meno delle formalità; certi vincoli sempre gravosi al commercio. Poniamo questo diritto sotto lo scudo del principio dal quale discende il *gius* di ritenzione: rendiamolo invulnerabile. « Le droit de rétention (sono le loro parole) a toujours la priorité, jamais de concurrence. Il produit donc les effets d'un privilége de premier ordre ». Che però sia un privilegio, non si fanno punto illusione. Il privilegio è creato dalla legge: *sans la loi il n'existerait pas*: il diritto di ritenzione deriva dalla equità e dalla legge naturale (DÉLAMARRE e POITVIN, tom. II, n° 227).

Ho notato al nostro n° 255 alcune delle obbiezioni che si fanno a questo sistema. Per noi è affatto inutile coltivarlo, essendo incompatibile cogli art. 73, 74, 75, o visti disgiuntamente o insieme combinati. Il commissionario, secondo quelle leggi, mantiene il suo privilegio anche senza *ritenzione*, cioè senza detenzione materiale o possesso, come sarebbe qualora *potesse provare che la spedizione a lui fatta per mezzo della polizza di carico o lettera di vettura*, benchè non ancora a lui pervenuta la merce, fosse per via intercettata. È singolare che il sistema dei sig. DÉLAMARRE e POITVIN, proposto come la miglior delle guarentigie ai commissionari, sia nel fondo meno favorevole di quello statuito dalla legge commerciale.

258. Ciò che potrà sembrare una originalità per parte mia, gli è, che io non credo neppure che il privilegio del commissionario sia un vero *jus pignoris*, secondo i principii che governano questa relazione, o si contempli la legge civile o la commerciale.

Non può esserlo per la legge civile, la cui influenza deve ritenersi affatto rimossa in questa parte, specialmente dopo che il Codice di commercio si è incaricato di ricostruire, a proprio comodo, questo ramo della legislazione (Titolo VIII di questo Libro). E non lo è per la legge commerciale; perchè non avrebbe il pegno efficacia *verso i terzi* se non risultante da scrittura ove ecceda il valore di lire 500 (articolo 188). Applicare la teoria del pegno al privilegio del commissionario, sarebbe dunque un diminuirne la importanza e ridurlo alle strette proporzioni di una convenzione particolare, falsamente applicando l'art. 76, e snaturando (permettetemi queste frasi da ricorso in cassazione) l'indole vera e propria della commissione.

E così, fuori d'ogni sistema concetto *a priori* (1), noi diciamo che quello del commissionario è un privilegio *sui generis*; che ha lo stesso carattere di preminenza, nè più nè meno, che appartiene al diritto di ritenzione dell'ordine civile, ma di una portata più estesa in virtù della legge commerciale. Esso è una vera creazione della legge come ogni altro privilegio: non riposa in quella idea generale di equità in cui si vuole fondato il diritto di ritenzione: è uno statuto concreto, determinato, esposto colla maggior precisione di termini. Ritrae dal diritto di pegno il proprio grado (2) senza essere soggetto alle sue prescrizioni preliminari nè alle regole rigorose della detenzione (3); infine la sua ragione di essere è commerciale, propria, e non ha un vero riscontro in altri enunciati legislativi. Da ciò il credito del commissionario ha tutta la sicurezza possibile, ammesso però il concorso di altri privilegi della stessa qualità (4).

259. Entrati in questo esame sulla forza del privilegio del commissionario, proseguiamo a vederlo: 1° in confronto del venditore non pagato; 2° del sotto-commissionario.

Fu già più volte deciso che il privilegio del commissionario dev'essere preferito al diritto di rivendicazione che il venditore si faccia ad esercitare sulle merci vendute in caso di fallimento (5), o, in termini forse più esatti, è un privilegio che si realizza sulla cosa rivendicata o sul prezzo che la rappresenta.

Per noi è scritta la legge (articolo 689, capoverso 2°). La rivendicazione è la risoluzione

---

(1) Noi professiamo dunque di non seguire nè la teoria dei signori DÉLAMARRE e POITVIN, nè dei loro avversari, gl'illustri TROPLONG, DALLOZ e ALAUZET, almeno nel senso rigoroso; benchè il nostro sistema prenda qualche cosa da entrambe.

(2) Il che sarà esaminato nella materia dei fallimenti.

(3) Lo vedremo anche parlando dell'articolo 75.

(4) Questa nota valga a spiegare ciò che nel testo sembrasse troppo conciso. Vi sono dei privilegi che non si realizzano che nel possesso della cosa; o ancora il possesso della cosa è *una condizione d'esistenza dello stesso privilegio*. Quindi la *ritenzione* sta al privilegio come guarentigia all'azione, e come condizione al suo esercizio. Quando il privilegio subisce questa *condizione*, non è dei più potenti, non è un privilegio di prim'ordine. Esso svanisce troppo facilmente, e se ne va col possesso.

Il privilegio del commissionario abbiam visto essere più esteso. E per conseguenza essere più esteso del *jus pignoris*, e generalmente parlando, non sarebbe primeggiato *che dal privilegio delle spese di giustizia*.

(5) Cassazione francese 18 giugno 1829; Génes, 12 luglio 1816; Bruxelles, 13 novembre 1818.

della vendita. Il rivendicante deve rimborsare *la massa* (in rappresentanza del fallito) *delle somme ricevute in conto, delle anticipazioni fatte per nolo o vetture, commissione*, ecc.

La *commissione* di cui si parla nel detto articolo, non è riferibile se non a quello stesso contratto di vendita, che ora si scioglie in presenza del fallimento, non essendosi pagato il prezzo; nè potrebbe retrotrarsi a commissioni precedenti e a crediti del fallito aventi un diverso oggetto. Caio, ora rivendicante, ha dato incarico a Lorenzo, commissionario, di vendere trecento quintali di carbon fossile; e ha messo la roba a sua disposizione. Il commissionario, trattando in nome del committente, ha combinato la vendita con Tizio (poi fallito); ha fatto delle spese, e anche ha pagato del proprio una parte del prezzo, mentre Tizio non ha mai pagato un soldo. Per tali spese gli compete un privilegio incontestabile in confronto dei creditori di Caio che intanto sequestrassero la cosa rivendicata.

Per verificare il caso preveduto dall'articolo 689, bisogna supporre che anche Lorenzo commissionario sia fallito.

Atteso il fallimento di Tizio, Caio, secondo il premesso esempio, fece apprendere le merci speditegli dal commissionario, non ancora arrivate ai magazzini di Tizio. Intanto Lorenzo è fallito anche lui. Caio deve rimborsare *la massa*, creditrice di Lorenzo, *delle somme ricevute in conto delle anticipazioni*, ecc.

Non si potrebbe comprendere azione rivendicatoria in conflitto col privilegio del commissionario, nella proposta ipotesi, ove *il commissionario avesse agito nel proprio, e non piuttosto nel nome del committente:* vero contraente, egli sarebbe responsabile del prezzo, e insieme sarebbe il vero e definitivo compratore (1).

« La rivendication du vendeur ne saurait « donc paralyser le privilége que l'article 93 « du Code de commerce accordé au commis« sionaire » (2). In qualunque ipotesi, che non esorbiti dai termini assai bene definiti nei nostri tre articoli, si troverà sempre la ragione logica della preferenza del diritto del commissionario.

260. Qui s'incontra il solito scoglio del tempo proibito, che precede la dichiarazione formale di fallimento.

Sono costretto a prevenire alquanto una trattazione che appartiene a un'altra parte del Codice.

Fin qui noi abbiamo supposto che non vi sia *contestazione sul tempo*, o, con un concetto equivalente, che non vi sia contestazione sulla *capacità del committente*, e quindi sulla validità del mandato di commissione.

È noto che non solo dalla *cessazione dei pagamenti* (fallimento di fatto), ma pur anche da un tempo misurato *a dieci giorni avanti*, il fallito rimane per forza di legge colpito d'inabilitazione a certi atti (articolo 555). Ora, in quel giro di tempo ha potuto egli, il commissionario, acquistar privilegio?

Il quesito può esser posto con altra formula. *Lo stato di fallimento del committente modifica la disposizione dell'articolo* 73? (3).

Per venire alle brevi, giacchè qui le dottrine mi sembrano molto incerte e avviluppate, io propongo primieramente all'esame l'articolo 555; nè da esso risulta proibito il contratto di commissione o annullato il privilegio del commissionario (4). Non ci potremmo ragionevolmente fermare a questo punto?

Più oltre diremo, che tre cose sono principalmente proibite nei dieci giorni: 1° Donare della sostanza che già devolve ai creditori; 2° Creare delle ipoteche e dei privilegi per debiti che il prossimo a fallire ha contratti o contrae a quel tempo; 3° Depauperare il patrimonio con dei pagamenti ed alienazioni che non abbiano una causa riconosciuta legittima e non siano avvalorate dalla buona fede dei terzi.

Alauzet giudica, a parer mio, rettamente, che se le spese e il diritto di commissione datano dalla consegna delle mercanzie o della polizza girata, che vale lo stesso, ancorchè nei *dieci giorni*, non vi è luogo a nullità; mentre dovrebbe dirsi il contrario qualora si creasse un privilegio *per favorire crediti anteriori* (5). Questa sarebbe veramente una frode calcolata in danno degli altri creditori, non dissimile dalla costituzione di un pegno o di una ipoteca: mentre un affare di commissione, propriamente tale, non può esser impedito a chi

(1) Delamarre e Poitvin, tom. II, n° 235.

(2) Cassazione francese, 18 giugno 1829; Dalloz, *Répert.*, num. 167 a 172, v° *Commess.*

(3) Parleremo appresso dei due successivi, e sarà facile concepire se qualche differenza potrà esserci nell'applicazione della teoria.

(4) È vietata la *costituzione del pegno o l'anticheresi:* si è peraltro dimostrato che la commissione mercantile non s'identifica col pegno.

(5) Si citano in conferma decisioni delle Corti di Rennes, 13 giugno 1818; Aix, 25 agosto 1834; Douai, 29 novembre 1843 (*Journal du palais*, t. XLIV, p. II, pag. 154); Troplong, *Nantissement*, num. 238, 239.

ritiene ancora l'amministrazione, nè la prossimità al fallimento potrebbe opporsi al commissionario che ne fosse ignaro, e assumesse l'incarico in buona fede (1).

261. Ora supponiamo l'azione di più commissionari nel medesimo affare. Prima ipotesi. Pietro, commissionario diretto, che abita a Trieste, ha delegato, o meglio trasmesso il proprio incarico insieme alla mercanzia a Paolo, commissionario di Venezia, ritenendo che in questa città potrà vendersi con più vantaggio.

Paolo è in diritto di ritenere in Pietro il vero proprietario; ossia non ha bisogno di cercar altro. Fingasi che Paolo paghi a Pietro, suo commissionario rispettivo, ventimila lire; Pietro rimette la somma in conto prezzo a Francesco, suo committente, e ne aggiunge allo stesso oggetto altre ventimila lire del proprio. Il primo e il secondo commissionario si sono così formati un credito privilegiato sulla stessa sostanza. Francesco cade in fallimento; le merci sono vendute; non si ricavano che ventimila lire. Ora nel concorso di due crediti ugualmente privilegiati, *è preferito quello di Paolo*, commissionario delegato (2).

Per qual ragione? Perchè di fronte a Paolo il proprietario è Pietro, suo vero e solo committente; egli ne corre la fede; egli ignora completamente che vi sia un altro proprietario.

Esempio inverso. Pietro commette bensì la trattazione dell'affare a Paolo da Trieste a Venezia, *ma quale procuratore del suo committente* Francesco. Allora Paolo è istrutto; conosce ch'egli non può obbligar Pietro, nè cosa alcuna che a lui appartenga. Se Paolo paga una somma a Pietro, avvenuto il fallimento di Francesco, ch'egli sa essere il proprietario e col quale non corrisponde, non ha diritto di ritenzione, non ha privilegio sulla merce.

Ora si domanda se Paolo, che non ha azione personale contro Francesco, nè reale sulla sostanza, possa averla o acquistarla mediante surrogazione *ministerio juris* ad un credito che Pietro professa, per lo stesso oggetto, verso il suo committente.

Pietro, facciamo il caso, ha pagato diecimila lire a Francesco; e ne ha credito con privilegio. Paolo ha pagato a sua volta lire diecimila a Pietro, suo committente diretto *nomine procuratorio;* e si risponde che il primo vi è surrogato di diritto, e nel concorso caccia di seggio il signor Pietro e prende il suo posto (3).

Ma se Pietro cade pur esso in fallimento, e Paolo pretenda essere surrogato *de jure* a lui, e quindi sottrarre ai suoi creditori la somma, allora può nascere una grave questione per sapere se di fronte al fallimento e al cangiamento di stato possa aver luogo una tale *subrogatio juris;* ma io non posso spingermi oltre in questo esame, che mi porterebbe in troppe altre questioni (4).

---

262. Benchè la materia di questo numero non sia intimamente connessa con quella che ora forma soggetto del nostro esame, vi ha però un rapporto che può permetterci questa breve escursione. I fondi della così detta *couverture* rimessi dal cliente all'agente di cambio, che consistono o negli stessi effetti commerciabili in valori pari o superiori a quelli che devono effettivamente consegnarsi, o nel prezzo dell'acquisto ideato, tali fondi, per quella parte che può rimanere disponibile in mano all'agente di cambio, sono *affetti* ai diritti di salario e di indennità che gli competono verso il cliente.

Questione, se la *couverture* sia qualcosa di diverso da un *pegno ordinario;* e se essendo tale, l'agente di cambio vi abbia acquistato, dal momento della consegna, un diritto esclusivo da respingere la concorrenza di qualunque creditore il più urgente e privilegiato del committente (5). L'agente di cambio, si osserva, non era creditore in quel momento; poteva anche non esserlo mai. Il mercato poteva non aver luogo; l'agente di cambio avrebbe allora dovuto restituire intatti i valori al suo committente.

Posta così la questione, non è seria. Un creditore che, a modo di esempio, avesse fatto in tale stato di cose un sequestro dei valori nelle mani dell'agente di cambio, non avrebbe avuto per contradditore legittimo lo stesso agente di cambio, che in quel momento non era che un

---

(1) Perciò torna indifferente che il commissionario siasi impegnato e fatte delle spese sulla semplice.

(2) Délamarre e Poitvin, ivi, num. 253 e seg.

(3) Può anche credersi che la somma spedita da Pietro a Francesco sia quella stessa che Paolo pagò il primo: ma non occorre fare questa dimostrazione.

(4) Délamarre e Poitvin, luogo citato.

È anche stabilito che fermato una volta il privilegio nel commissionario, un terzo qualunque che gli rimborsò le spese e gli è succeduto nel possesso della merce, è surrogato di pieno diritto nel suo privilegio (Cassazione francese, 16 dicembre 1847, Troplong, *Nantissement*, nº 251.

(5) Vedi Bédarride, *Bourse de commerce*, nº 203 e seg.

Digitized b

depositario, e non aveva invero nessun diritto personale da contrapporre al creditore, non essendo egli ancora creditore. In tal caso la disputa s'instaura contro il committente e deponente che sarà stato citato nelle vie ordinarie in conformità dell'articolo 611, ecc., del Codice di procedura civile.

In tale condizione di cose, supposto che il credito del terzo sia provato e legittimo, io non potrei che dargli il voto. La proprietà degli effetti e valori, a mio avviso, non è uscita dal dominio del debitore per essere stati consegnati all'agente di cambio ad uso determinato: tanto è vero, che egli ha sempre il diritto di ritirarsi e di sciogliere il trattato finchè non sia stato legalmente compiuto (1). Sarebbe legalmente compiuto quando l'agente di cambio avesse fermato il negozio alla borsa colla vendita o compra, ancorchè non consegnati i valori, che non resterebbero in mano sua che per conto del venditore o compratore. Solo allora il sequestro o pignoramento non è più concepibile.

Compiuto il negozio, ed essendo l'agente di cambio in credito delle sue spese o emolumenti, egli può pagarsi sulle rimanenze disponibili; ed è senza contrasto in giurisprudenza. Diciamo però rimanenze *disponibili*. Si ritengono tali i valori in numerario, in carte monetarie o commerciabili al portatore, senza che faccia d'uopo per trasmetterli un nuovo atto del proprietario. In questo caso non potrebbe realizzarsi il *gius retentionis*, tutto d'ordine negativo; e quando l'effetto cambiario, per esempio, non fu tràdito al determinato scopo di pegno assicurativo delle azioni di credito del pubblico mediatore, egli non sarebbe autorizzato a ritenerlo. Dove si manifestasse un pericolo per sopravvenuta insolvibilità del suo cliente, l'agente di cambio potrà implorare sequestro sugli stessi effetti commerciali che tiene in mano, valendosi anche in questa eventualità dei mezzi giudiziari a tal uopo prescritti (2).

—

263. *Diritto di salario o provvisione.*

Il mio discorso non sarebbe compiuto se non mi trattenessi alquanto sulla materia del salario; ma dirò poche cose per farmi la via ad altre di maggior interesse.

La commissione esercitata da un commerciante non è mai gratuita: questo è il principio. La consuetudine gli attribuisce un tanto per cento sul valore del contratto. Il salario, che in tal caso avrà un nome più generico, di ricompensa o retribuzione, può prestarsi sotto la forma di servigio reciproco fra i commercianti. Può essere stipulato con qualunque condizione. Il commissionario non è un *negotiorum gestor:* egli ha diritto di esser pagato, anche ad affare non riuscito, o non riuscito che in parte, purchè senza sua colpa.

Per quanto riguarda la commissione *a vendere*, si è introdotta una distinzione. O la commissione è stata offerta dal committente, nessuna modificazione alla regola comune del salario, o è stata sollecitata dallo stesso commissionario (come spesso accade) colle più belle lusinghe di fare un buon negozio sulla sua piazza, e la commissione gli fu affidata per questa speranza, che si è anche espressa come causa della rimessa, non si dovrà retribuzione se le speranze vanno fallite, forse perchè il commissionario stesso si è illuso, peggio se ha voluto illudere: in tal caso sarebbe contabile del danno. Le spese utili da lui fatte gli saranno sempre rimborsate.

264. Se vi è un sub-commissionario, egli percepirà sulla provvisione del commissionario diretto, o avrà diritto a una provvisione sua propria, secondo la delegazione sarà stata *volontaria* o *necessaria*.

Fu fatta una convenzione per la quale un capitano di nave avrebbe avuto diritto di riscuotere il dieci per cento sull'importo di una vendita di certe merci, *pour tous frais*. O per necessità di sinistro che lo spinse sovr'altri paraggi, o per altra causa inevitabile, il capitano fu costretto a delegare la sua commissione. L'agente sostituito aveva diritto di esser pagato. Il committente credeva che il subalterno salario avesse a tenersi compreso in quello del commissionario diretto, ossia rimanere a di lui carico. Il tribunale di commercio che decise la vertenza, diede ragione al commissionario. « Attendu qu'il n'a pas été contesté que les « lois de la Havane obligent les capitaines « étrangers à se consigner à un négociant du « lieu; que dès lors on doit regarder la com« mission qu'on paye au consignataire *comme*

(1) Io sono del tutto convinto della giustizia di questa conclusione. Sarebbe molto comodo ad uno che ha molti debiti di mandare i suoi fondi alla borsa, sottraendoli all'esecuzione dei suoi creditori, forse per sempre, posto che l'agente di cambio acquistasse in proprio nome, tenendo celato nel petto quello del suo committente.

(2) Può vedersi intorno a ciò quanto fu esposto ai nostri num. 191 e 195.

Digitized by Google

« *une dépense occasionée par le mandat*, et « dont le mandataire doit être remboursé aux « termes de l'article 1999 du Code civil ».

264. Poichè qui incontriamo un punto grave di diritto, ci sia permessa di passaggio qualche avvertenza.

I diligenti scrittori che ci fanno conoscere quel decreto (1) si accordano nella conclusione; criticano il motivo. Il potere del sostituito non ha origine dal mandato, essi dicono; in tal caso « si le substitué avait dissipé le produit « de la vente, et qu'on eût faite à la cause ap« plication du Code civil, *le substituant répon« dait du tout* ».

Difficilmente gli uomini che praticano e conoscono il commercio accetterebbero l'applicazione delle leggi civili intorno a questa fase del mandato di commissione. « Nécessité, « équité, intérêt du commerce, dicono i lodati « scrittori in altro luogo (2), voilà selon nous « les grandes considérations, qui dans l'hypo« thèse donnée (impedimento personale) légi« timent la substitution » (3). La legge civile non permette la sostituzione non autorizzata nel mandato (4). Se il mandatario è impedito per malattia, per qualunque altra più incolpabile cagione, il mandato è sospeso, rimane inerte; quando non sia revocato, risorgerà, tornerà in vita, come ritorni al mandatario la forza di eseguirlo. È logico pertanto che il mandatario, impedito dal fare, non possa delegare: *poichè la facoltà suppone sempre la potenza di agire.*

In civile noi dobbiamo ritenere — « *quel mandatario, o verun altro*. Il mandante si fida del nominato mandatario perchè operi; non ha uguale confidenza in lui per isceglierne un altro mandatario; o lo farà a suo pericolo e danno. In commercio, nel quale gl'interessi, per dir così, si generalizzano, la legge delle necessità impone delle obbligazioni che si estendono oltre la sfera dell'azione personale; il commissionario che nel vivo dell'affare cade infermo, se non perde tosto la conoscenza, previdente come gli altri suoi confratelli, ha già pronti degli altri agenti, dei commissionari di professione non meno accreditati di lui: il medico che s'ammala, si fa subito sostituire da un altro medico: è la necessità delle cose. E tutto questo senza interpellare il committente; senza chiederne il consenso, forse per la distanza o per le circostanze impossibili (5).

In commercio questo dovere del commissionario è generalmente riconosciuto, ma bisogna anche dire che quasi tutti gli scrittori veggono *nello stesso mandato* la radice della facoltà di delegare ch'egli esercita di fronte a qualche necessità: il che viene fortemente contraddetto dagli autori del *contrat de commission*, specialmente ai luoghi sopra indicati.

Io ho voluto insistere su questo punto onde togliere la preoccupazione che può nascere dalla grande loro autorità. Se questo che è nello stesso tempo una facoltà e un dovere, è in certo modo inerente alla qualità e posizione di commissionario commerciale, e serve a tranquillare il commercio nella vista di una più proficua e quasi immanchevole assistenza, perchè non si dovrebbe ritenere virtualmente compreso nel mandato, salvo divieto? Perchè ciò che è di nostro interesse non si dovrebbe credere in prevenzione accordato? Donde mai si deduce la contrarietà del mandante? Avvertite che quando noi affidiamo le cose nostre non all'ufficio, per così dire, ma alla persona, quasi a semplice mandatario, noi teniamo di più a non cangiarla; ma quando è all'ufficio e alla pratica del commissionario che noi ci abbandoniamo (tante volte senza conoscerlo, trovandoci a gran distanza), nulla o poco teniamo alla persona; e piuttosto il nostro mandato ha presunzione di conformarsi a ciò che in simili casi commercialmente si usa.

Ma a qual fine una polemica che nella lodata opera, che serve di guida a tutti quelli che scrivono di commissioni, è, si direbbe, già troppo lunga? Gli autori stessi si fanno questa obbiezione (nº 199). Eh! la differenza, essi aggiungono, *importe beaucoup*. Presa di mira principalmente la dottrina del CASAREGIS, dicono ch'egli non fa che dare un *bill d'indennità* al mandatario che potrebbe anche astenersi dal sostituire. Essi all'incontro, i celebri autori, trovano che il *commissionario* è stretto dall'obbligo preciso *di sostituire altri*, quando egli si trovi impedito, e potendolo fare, vi è tenuto sotto pena di danni e interessi. Io credo che il CASAREGIS, dicendo che tutto

(1) DELAMARRE e POITVIN, tom. II, nº 81.

(2) Tom. I, nº 197.

(3) Laonde il FABRO, nel generale e importantissimo tema *Della diversa indole delle leggi civili e commerciali*, scrive: « Utilitatis publicæ gratia, *et « ad ampliandam commerciorum libertatem*, multa « ex æquitate inducta sunt contra strictam juris « rationem » (tom. III, pag. 624).

(4) Articolo 1748 del nostro Codice civile, conforme all'articolo 1994 del Codice Napoleone.

(5) « Pro regula admittitur quod in casu neces« sitatis non exigitur consensus ubi alias omnino « requireretur » (CASAREGIS, disc. 56).

questo può desumersi da una retta interpretazione della volontà del mandante (1), non si discosti dalla conclusione dei signor DÉLAMARRE e POITVIN (2). La facoltà di sostituire in caso di necessità, e la tacita e preventiva ricognizione del commissionario sostituito, può bene intendersi virtuale nel mandato, non propriamente civile, ma *nel mandato di commissione*, *idest* commerciale, senza offendere i principii che regolano i mandati di questa natura. D'altro lato non saprebbe concepirsi come potesse validamente agire per altri, chi non avesse da lui almeno il mandato implicito di fare.

Del resto nella questione pratica che si presentò, accennata nell'esordio di questo numero, trattavasi niente meno che *di una necessità legale*.

265. *Convenzione del credere; o star del credere.*

Non è che un premio pel rischio al quale si espone il commissionario che assume la responsabilità di coloro che negoziano con lui nell'interesse del proprio committente.

Il Codice di commercio non se ne occupa (3); per lui non è una disposizione giuridica: è una convenzione come un'altra (4), ed ha il carattere di assicurazione più o meno estesa, al che risponde, in proporzione, la importanza del premio.

Garantire la solvibilità del nome è forse tenersi garante eziandio dei casi affatto straordinari che possono incogliere alla persona e alla fortuna del garantito? (5). Una casa di Smirne, *collo star del credere*, vendeva delle merci per conto di una casa di Ginevra, nel 1821. Pendente il termine dato al pagamento, il compratore ravvolto nelle questioni politiche che in quell'epoca travagliavano la Grecia, subì una confisca generale; fu impossibilitato a pagare. La casa commissionaria riteneva potersi salvare sotto lo scudo del caso imprevisto e straordinario. Ma ebbe torto (6).

È una convenzione pur questa del genere commerciale, e non ha riscontro con altre dell'ordine civile che possano avere un'apparenza di analogia. Non ha nulla di comune colla fideiussione. Non si guarentisce il debito altrui già esistente; *non si accede all'altrui obbligazione*. Quindi niuna delle regole che nel diritto civile favoriscono i fideiussori può aver luogo. Si assicura il soddisfacimento contro qualunque causa ed evento contrario: ecco tutto. Ordinariamente chi così assicura è lo stesso commissionario; ma è facile distinguere in esso le persone e le obbligazioni. Non è a titolo di compratore e di proprietario delle merci che vende (secondo una erronea e già caduta dottrina di LOCRÉ), ma *per una speciale convenzione a titolo di assicurazione*, che il commissionario si obbliga a questo effetto. I suoi rapporti d'altronde col committente, e quale committente, rimangono inalterati.

Lo *star del credere* non è una convenzione richiedente lo scritto. Può risultare dal fatto; più volte si conserta colle abitudini di un commissionario che si dedica a questo ramo di speculazione; dei precedenti intervenuti fra le stesse parti possono farne argomento.

Essenziale, come per ogni altro genere di assicurazione, è l'elemento del rischio. Se il prezzo della vendita è sull'istante soddisfatto, non vi è *star del credere*, nè premio possibile.

—

266. Il credito può preesistere, ma il privilegio non riceve vita se la materia non è tratta nella sfera d'azione, nell'orbita personale del commissionario; in modo che si possa dire che egli vi ha su la mano, che si è posto a contatto con quella. In ciò il rapporto è della natura del pegno.

Essere (le merci) *a disposizione*, secondo gli articoli 73 e 74, piuttostochè la materiale disponibilità del commissionario, significa *l'essere state tolte alla disposizione altrui*, mentre egli può non possederle ancora, ed esserne investito semplicemente con una polizza o lettera, e non averle viste; altri però non può disporre a pregiudizio del suo privilegio. Ecco

(1) Disc. 119, nº 55.

(2) Quante belle pagine inutilmente scritte, alcuno direbbe, dappoichè si termina dicendo: *Au reste nous pourrions dire que la doctrine de* CASAREGIS RENFERME IMPLICITEMENT LA NOTRE!... (num. 199).

(3) Ma sì quello di Spagna (articolo 158).

(4) Ma l'usanza è antica, e risale alla giurisprudenza classica (Leg. 150 de V. S.; Leg. 16 § 6 Dig. de fideius.; Leg. 32 Dig. de rebus cred. E nel commercio italiano ebbe le sue origini (SCACCIA, *De comm.*, § 3, gl. 5; ANSALD, *De comm.*, disc. 98, nº 32; TURRE, *De cambiis*, proleg. ad disput. 2; CASAREGIS, *De comm.*, disc. 51; AZUNI, *Répertoire*; SAVARY, *Diction.*, vº *Demeurer du croire*. I Francesi ci hanno fatto l'onore (insperato) di conservare il vocabolo italiano — *del credere*.

(5) Mi permetto espressioni che non sono esattissime; or ora dirò quale sia il vero carattere di questa obbligazione.

(6) *Jurisprud. de Marseille*, tom. II, p. I, pag. 106; DÉLAMARRE e POITVIN, tom. II, nº 87.

Digitized by Google

il vero senso di quelle espressioni. Se le merci sono intercettate lungo la via, può anche avvenire che siano sottratte per sempre alla disponibilità del commissionario: non monta; il rapporto fra l'uomo (lo spirito) e la materia è formato *con un atto della volontà reso efficace dall'apprensione ideale* che si opera col possesso del documento che attesta la nostra disponibilità istantanea (1).

È tolta alla *disposizione altrui* e subentrata in quella del commissionario la merce che si trova in luogo, ove questi può visitarla, onde può levarla a voler suo. Raro è che i termini indicativi sparsi per le leggi commerciali possano intendersi esclusivi. La legge dice *nei suoi magazzini o in un deposito pubblico* (2); ma sono anche magazzini del commissionario quelli di commercianti da lui incaricati; e lo stesso magazzino del committente che abita a Ferrara, qualora di là corrispondendo con un commerciante d'Ancona, gli scrive — *fatemi un anticipo di duemila franchi sulla fattura dei miei salumi che io ritengo nel mio magazzino a vostra disposizione* (3).

La *polizza di carico* e la *lettera di vettura* furono sempre organi conosciuti di trasmissibilità negli usi del commercio.

Anche negli articoli 102, 103, 105 del Codice di commercio albertino si parificavano nei loro effetti quei due atti, e la loro girata era considerata come mezzo di tradizione. Nondimeno i nostri legislatori vi prestarono un'attenzione speciale (4). Stimo utile riferire le parole della Commissione legislativa « Intorno « alla *lettera di vettura* è osservato quant'analogia passi fra esso e la polizza di carico, e « come non siavi ragione sufficiente per la quale « questa debba potersi fare *all'ordine* o *al* « *portatore*, e non l'altra. Si delibera quindi « che sia dichiarato per legge che anche la « lettera di vettura possa ricevere una tal « forma, e ciò nell'intendimento di rendere « più circolante il valore delle merci, e di ac« crescere i benefici influssi del credito sul« l'economia della società » (5).

Questo savio accorgimento ebbe l'onore di esser tradotto in legge (articolo 81).

Ma un Codice di commercio non inventa mai nulla: l'osservai nelle prime parole di questo commentario: esso prende gli usi del commercio, li definisce, li consacra colla sua autorità (6). Il commercio si dichiara indifferente sulla direzione primitiva delle merci, o fatta nominativamente al commissionario o ad altri, i quali consentano di rivolgerla a lui girando la polizza, semprechè il girante ne avesse la disponibilità; potesse cioè farne il trasporto, ed è naturale. Tanto più ne siamo indifferenti dacchè il Codice ha consacrata questa nuova libertà commerciale; mentre il possesso della polizza di carico o della lettera di vettura *al portatore* implica il possesso della mercanzia.

Si deve tener conto di una locuzione certamente calcolata, ripetuta negli art. 73, 74. « Se, non essendo ancor giunte (le merci), *può provare* (il commissionario) *per mezzo di carico o di lettere di vettura la spedizione che gliene fu fatta* ». Il distacco della polizza o delle lettere è l'invio della merce, ossia vi equivale; se la merce continuasse a giacere nello stesso fondaco, per conto del commissionario e col suo consenso, avrebbe già un destinatario, e non apparterrebbe più al suo detentore.

Possiamo immaginare che la polizza o lettera sulla promessa della quale il commissionario ha fatto delle spese, sia stata bensì consegnata alla posta alla sua direzione (indispensabile), ma non gli sia ancora pervenuta quando

(1) *Ignorando l'invio delle merci*, il commissionario non acquisterebbe il privilegio per anticipazioni anteriori, secondo una decisione della Corte d'Aix dell'11 gennaio 1831 (DALLOZ). Colla teoria del possesso non vi è *disponibilità* quando *non si sa e non si sente di poter disporre.*

(2) Per esempio l'ufficio di dogana.

(3) Per cui l'articolo 80 del Codice olandese si esprime: « S'ils (gli effetti) se trouvent à sa dis« position dans ses magasins, ou dans un dépôt « public; *ou s'ils se trouvent en sa possession de* « *quelque autre manière* ». Io credo non nascerà equivoco sulle prime parole dell'articolo 73, fatta *o promessa* la spedizione, quasichè non avvenuta la spedizione, rappresentata almeno dalla polizza di carico o lettera di vettura, si acquisti il privilegio. Come altrove si avvertì, basta la promessa per autorizzare l'anticipazione e per formare un credito *abile a rivestire la qualità di privilegiato:* ma il privilegio non si acquista se non all'atto della disponibilità mediante il fenomeno della retroazione.

(4) Processi verbali della Commissione (tornata del 22 maggio 1865).

(5) Simile rimarco di portato miglioramento vediamo nella Relazione ministeriale.

(6) « Le Code de commerce est muet sur ce point « quand il traite de la lettre de voiture (se possa « spedirsi *all'ordine e al portatore*); mais il est « certain que l'usage de commerce a étendu à ce « dernier acte ce que la loi a dit du *connaissement* « (polizza di carico); et aucun texte ne s'oppose « à ce que cet usage soit admis et respecté: nulle « difficulté existe sur ce point » (ALAUZET, nº 458; TROPLONG, *Nantissement*, nº 540; Cassazione francese, 12 gennaio 1847).

Digitized by Google

il committente si mostrò fallito, ricevendola poi regolarmente all'arrivo della posta. È fondato il suo privilegio?

Il caso si presentò alla Corte di Rennes, che nel 12 giugno 1840 lo decise a favore del commissionario (1).

267. Le leggi commerciali non hanno mai detto che la polizza di carico o lettera di vettura debbano esprimere il *valor fornito* (2). Nondimeno la Cassazione francese annullando una sentenza della Corte di Douai, dell'11 aprile 1838, insegnò che la girata della polizza di carico deve esprimere la somministrazione del valore. Non vi essendo legge speciale, argomentò dalla forma prescritta alla girata degli effetti commerciali, e più espressamente applicata alle lettere di cambio; ritenne che tutti gli atti che sono suscettivi di trasporto o si negoziano *all'ordine*, devono contenerne la dichiarazione (3).

Nel seguente anno la Corte di Douai ebbe a pronunciarsi di nuovo sullo stesso punto di diritto, e mantenne la propria giurisprudenza (4) contro quella della Corte suprema.

I suoi motivi di decidere furono principalmente: che un contratto di commissione non è nè una cessione nè una vendita, ma solo un mandato; che il committente non trasmette diritti di proprietà al commissionario; esser quindi vano e fuor di proposito pretendere una dichiarazione di valore somministrato.

In questo semplice aspetto le ragioni della Corte di Douai parevano evidenti, ma quell'acuto ingegno che è il Troplong ha portato la questione sopra altro terreno. Una girata imperfetta, una girata irregolare, egli dice, lascia esposto il mandatario a tutte le eccezioni che si potrebbero opporre al mandante; ne segue che se la cosa può essere rivendicata contro il compratore, lo potrà essere altresì contro il portatore di una girata irregolare (5).

Ma come può stare in un mandato di commissione *il valore somministrato o in moneta, o in merci, o in conto, o in qualunque altro modo* (articolo 223), se il valore non è stato in realtà somministrato in alcun modo? In tale questione di principio, può essere anche indifferente che il commissionario faccia delle spese, dei pagamenti in tale sua qualità; ma quando ne faccia, e questi siano anteriori alla spedizione, non saranno mai, o quasi mai, tali da coprire il valore di essa. Ed è poi più probabile ch'esso non vorrà esporsi se non dopo essere stato investito col possesso della polizza di carico o della lettera di vettura; e così stando le cose, se la girata dovesse esprimere la somministrazione di un qualunque valore, non sarebbe che una menzogna. È possibile che la legge voglia obbligarci a mentire?

Io non ho trovato decisa dai nostri tribunali una tale questione, forse perchè non si è creduta questione (6).

E non è risolverla preoccuparsi delle conseguenze. Dato che nel commissionario non si trasferisca la proprietà, se il committente fallisce, se la merce nè da lui nè da altri era stata pagata, il venditore potrà rivendicarla dalle mani del commissionario. Sia pure. Questo che importa alla controversia presente? Il commissionario farà tuttavia valere il suo privilegio per le anticipazioni: *et de hoc contentio est*. Del resto o egli vende in nome del committente, è un mandatario investito di mandato legittimo; o vende in proprio nome, è un commissionario; esercita il suo legittimo ufficio; aliena validamente. Non dimentichiamo che la legge non ravvisa nella polizza di carico o nella lettera di vettura che un titolo alla sua disponibilità, cioè del suo possesso di commissionario.

—

268. Poche osservazioni speciali all'articolo 75. Quest'articolo contiene due fatti, due operazioni del commissionario, mentre l'articolo 74 ne contiene una sola. Consegna di merci fatta dal committente o compra fattane con danari, in tutto o in parte, del commissionario: vendita e consegna a un terzo. O il prezzo è pagato prontamente, il commissionario *si rimborsa* delle sue anticipazioni, interessi, ecc., ossia se ne trattiene l'importo; o il prezzo si dovrà in un termine, egli avrà cura di notificare al compratore i suoi diritti,

(1) Dalloz, *Rép.*, v° *Commission*.

(2) Vedi i nostri articoli 51 e 389. Il Codice di commercio francese non dice di più.

(3) Cassazione francese, 1° marzo 1843 (*Journal du Palais*, tom. I, pag. 483). Nello stesso anno la Corte d'Amiens professò la stessa dottrina in una sentenza del 29 luglio 1843 (*Journal du Palais*, 1844, tom. II, pag. 88).

(4) Sentenza 5 gennaio 1844 (Sirey, tom. XLIV, part. II, pag. 237); indi la Corte di Rouen, 9 dicembre 1847 (Sirey, tom. XLVIII, p. II, pag. 201).

(5) *Nantissement*, num. 333, 334.

(6) Peraltro la Cassazione francese si vede persistente in questa massima (25 luglio 1849 e 6 dicembre 1852 (Sirey, tom. LIII, part. I, pag. 612), confutata, io stimo vittoriosamente, da Delamarre e Poitvin, *Contrat de commiss.*, tom. VI, num. 83 e seg., e da Alauzet, *Comm.*, n° 412 e seg.

Digitized by Google

il che potrà aver forza e virtù di sequestro.

Egli è preferito ai *creditori del committente.* Ed è ragione. Il *prodotto della vendita*, ossia il prezzo, è diminuito delle spese fatte per ottenerlo. Se comperando per conto di un committente, il commissionario ha pagato il prezzo del proprio, e poi si rivenda allo stesso prezzo, il committente che non ha speso nulla, non ha nesson diritto; i suoi creditori non devono star meglio di lui. Ciò è fuori di disputa: merita però che si ponga mente quali siano le anticipazioni che hanno diritto di essere rimborsate con privilegio, poniamo sopra il prezzo di una vendita a termine.

Si tratta di stabilire la relazione fra la causa del credito e il pegno come proprio oggetto.

È stato deciso che una casa di commercio (commissionaria) non può ritenere qual pegno una spedizione di merci per anticipi fatti in contemplazione di un'altra spedizione che non ebbe effetto (Bordeaux, 24 giugno 1851). Similmente: che un commissionario, che negozia in conto corrente col suo committente, non ha privilegio per anticipazioni fatte *non in vista e sotto garanzie di spedizioni in corso*, *ma nella fede di essere coperto da spedizioni ulteriori* (Douai, 20 novembre 1813). Massima consimile proclamò la Cassazione francese nel 18 marzo 1845.

Peraltro nella Relazione ministeriale, che riassume il voto della Commissione, si hanno queste osservabili parole: « Si è concesso al « commissionario privilegio sulle merci da lui « possedute, non meno per la propria provvi« gione che per le anticipazioni fatte sulla « semplice promessa di futura spedizione, e « per le somme durante il possesso della merce « somministrate, *qualunque ne fosse la causa*, « in conto del committente, *e in vista certa« mente della guarentigia che da quel possesso « deriva* ». La prima espressione dà argomento per ritenere che qualunque sia il credito, purchè a titolo di commissione fra le stesse parti, il privilegio abbia luogo (1); le altre parrebbero accennare ad un certo rapporto più ristretto fra la spesa e la materia della guarentigia che si ebbe in vista; ossia nella cui contemplazione si è fatto l'anticipo.

Rimpetto al committente che deve rimborsi di spese e provvigioni al commissionario per negoziazioni anche diverse, sembra spettare al commissionario il diritto di ritenzione: poichè non è giusto che avendo mezzi di rimborso non possa approfittarne. Quando però il privilegio si esercita come tale, a respingere altri creditori del committente, reputo dover concorrere la contemplazione ossia l'indirizzo dell'animo verso l'oggetto, e che il pagamento sia stato diretto a quello scopo. Farò cadere l'esempio sullo stesso articolo 75. Il commissionario ha diversi conti aperti col committente pel quale ha comprato una partita di grano, che ha pure rivenduta con vantaggio. Aveva fatto per lui dei negozi di canepa, e rimane ancora scoperto delle provvigioni. Comprò la partita di grano di cui si tratta; e ha diritto alla spesa di magazzinaggio e a quella del trasporto al mercato ove ha potuto venderla. Intanto, a vendita già consumata, ha anticipato al committente qualche somma sul prezzo che deve pagarsi su cambiali a diverse scadenze. Sequestrato il prezzo da una miriade di creditori del committente, che nel frattanto è morto in odore di fallito, e dovendo il commissionario far di braccia con quelli per sostenere il proprio privilegio, sorgono i seguenti dubbi:

1° È da ritenersi privilegiato il credito per causa di negozi e spedizioni diverse dall'attuale? Negativamente;

2° Dovranno esser contemplate con privilegio le spese della compra sul prezzo della vendita? Non ne dubito, osservando che l'affare è unico, poichè la compra fu fatta ad oggetto di speculazione, e la rivendita ne è il compimento;

3° Il commissionario anticipò sul prezzo della vendita a termine. Ma il suo còmpito di commissionario non era forse cessato?

Così bisogna risolvere; egli non avrà che un credito semplice: concorrendo alla distribuzione del prezzo, sarà vinto dai creditori privilegiati del già suo committente. Tutto questo, ed è ben chiaro, ove non abbia fatta la rivendita in nome proprio, come si fa quasi sempre in contingenze simili.

Articolo 76.

Gl'imprestiti, le anticipazioni e i pagamenti fatti sulle merci depositate o consegnate da persona che ha residenza nel luogo dove risiede pure il commissionario

(1) Vedi però il nostro num. 260.

Digitized by Google

o depositario, sono regolati quanto al privilegio dalle disposizioni contenute in questo Codice nel titolo *Del pegno*.

269. *Per essere nei termini eccezionali di quest'articolo non basta che committente e commissionario abitino nello stesso luogo, ma occorre altresì che le merci siano state consegnate o depositate da persona dello stesso luogo.*

270. *Ragioni dalle quali è inspirato l'articolo 76. Nella teoria commerciale il privilegio commerciale, sciolto da convenzione scritta, è la regola: e questa non è che la eccezione.*

271. *Come anche fra contraenti dello stesso luogo possa farsi valere il* jus retentionis, *di fronte al committente, sebbene mancando di privilegio rispetto ai terzi.*

Di altri privilegi non pregiudicati dalla disposizione dell'articolo 76.

---

269. Siamo già stati avvertiti dall'art. 73, che ad attuare il privilegio del commissionario, e senza mestieri di esplicito accordo, una condizione si esige — *la spedizione da un'altra piazza*. Non è questa la prima volta che un fatto commerciale riceve significazione dalla distanza e dal moto, dovendosi poi dalle circostanze rilevare se vi abbia quella distanza e differenza dei luoghi che la legge ebbe in vista, a certi effetti tutto particolari al commercio. Dati certi rapporti d'incolato fra le parti negozianti, i favori, i privilegi si attenuano; si richiede per lo meno qualche formalità di più: ed ecco l'articolo 76 del quale abbiamo sott'occhio la disposizione e lo scopo.

Ammesso che le parti abbiano residenza *nello stesso luogo* (nella stessa città o borgo (1), può accadere che il committente *A*, che abita a Milano, abbia dato incombenza a *B*., commissionario di professione, per fare acquisto di specchi che *B*. compra a Venezia e paga del proprio, facendoli poi entrare nei suoi magazzini a Milano. La spedizione deriva, come si vede, *da altra piazza:* ma amendue, committente e commissionario, abitano nello stesso luogo. Su questo punto la giurisprudenza abbonda di autorità e di esempi, e dice doversi applicare di preferenza la legge generale che ammette il privilegio, quasi caso omesso nell'articolo eccezionale (2).

La interpretazione mi pare del tutto vera, anche secondo la legge nostra, non tanto perchè si tratti di sfuggire ad una eccezione che non formula il caso preciso, quanto per quel chiaro dettato dell'articolo 76 ..... pagamenti fatti *sulle merci consegnate o depositate da persona che ha residenza*, ecc. Se invece *A*., di Milano, avesse consegnato al commissionario *B*., della stessa città, un carico di formaggi per esitarli altrove, in tal caso noi ci troveremmo nella cerchia dell'articolo che si spiega da sè. Si distingue insomma *la spedizione che parte dal luogo* ove abitano i due contraenti principali da quella che proviene di fuori e da altre persone (3).

Eccone la ragione. Il committente che abita nello stesso luogo ove deposita e consegna le merci, e così il commissionario o depositario, si trovano rispettivamente in una posizione abbastanza comoda per fare quella convenzione che la legge statuisce al pegno commerciale (articolo 188). Possessori della merce possono descriverla, farne l'inventario, assicurarne la identità. Ciò accade quando lo scopo della commissione è di vendere (4); non è così quando si tratta di comprare. Non si può costituir pegno di quello che non si possiede. Solamente se il commissionario comprasse *nello stesso luogo*, e la merce invece che al committente fosse a lui consegnata dal venditore, e ch'egli non potesse o non volesse rimborsarsi immediatamente, ma col consenso del committente

---

(1) E dicasi pure nello stesso Comune, essendo difficile che piazze distinte di commercio si trovino nello stesso comune.

(2) Cassazione francese 16 dicembre 1835 (Sirey, tom. XXXVI, part. I, pag. 50; Troplong, *Nantiss.*, nº 165; Alauzet, *Comm.*, nº 419). Abbiamo nello stesso senso ragguardevoli decisioni italiane (Corte di Torino, 23 febbraio 1856, Bettini, p. II, p. 249; 7 maggio 1853, Bettini, part. II, pag. 641; Cassazione torinese, 25 luglio 1857, Bettini, part. II, pag. 515).

(3) Non manca qualche sentenza in senso contrario. Cassazione francese, 1º luglio 1841 (Sirey, tom. XLI, part. I, pag. 625); Bordeaux, 24 luglio 1834 (Sirey, tom. XXXIV, part. II, pag. 353). Ma io non dubito della verità di questa proposizione per quello che vengo a dire.

La dottrina sempre rispettata del Pardessus, mi sembra non essere altra da quella che io brevemente espongo (*Droit commercial*, num. 1205).

(4) O di effetti girabili (articolo 199); ma di questi ora non parliamo.

la ritenesse per qualche altra operazione, anche in questo caso, *per acquistarsi un privilegio* valevole a fronte dei terzi, lo stesso commissionario dovrebbe stipulare il pegno. Ma se compra fuori, e *da altra piazza* gli vengono inviate le merci comprate, per le anticipazioni fatte sino a quel punto ha diritto di privilegio, quantunque non stipulato, perchè prima della compra che si fa altrove, la convenzione non era possibile, e perchè siamo nei termini dell'articolo 73 e non del 76, *quod erat demonstrandum* (1).

270. Quelli che lo stesso legislatore chiama *privilegi dei commissionari* non sono che guarentigie impartite al commercio, sono bisogni del commercio; sono la via aperta a moltiplicare gli affari di commissione, mediante i quali si svolge continua e potente la vita del commercio. Coll'articolo 76 egli ha mostrato di aver servito ad una necessità e non voluto prodigar dei favori; e appena può rientrare nell'ordine convenzionale, e volgere anche uno sguardo all'interesse dei terzi, sempre minacciato dal privilegio di classe, lo fa volontieri. In fondo, il legislatore è tenero della prova, perchè nella prova sta la sicurezza e l'ordine. Quando questa prova si può avere, allora la legge la richiede, e allora essa può e deve definire eziandio il carattere del privilegio e, per così dire, specializzarlo. Ricercando la natura di questo privilegio nei suoi elementi generali, non potè aversene che una nozione complessa (commento agli articoli 73, 74 e 75): ma quando il caso diventa più semplice e interessa meno il commercio, la legge richiedendo la convenzione espressa, vi appone il nome: *è un contratto di pegno*. Così si restringe il diritto del commissionario imponendogli certe formalità, e facendo dipendere il privilegio dalla conservazione del pegno (2).

È singolare, che la convenzione scritta e la prova si presentino in commercio non come regola ma come eccezione, essendo della natura della commissione di operare da piazza a piazza e alle più smisurate distanze, e pressochè perdendo il suo naturale carattere quando si circoscrive fra persone che abitano fra le stesse mura e si limita a tenue moto. Quindi lasciato al criterio dei giudici, come si avvertì al precedente numero, il conoscere delle applicazioni di questo articolo che proseguiamo a chiamare eccezionale, la regola è ch'esse non dovranno essere che ristrettive. Ne abbiam visto qualch'esempio (n° 269).

271. Terminando la esposizione di questo capitolo, facciamo due avvertenze.

Il diritto di ritenzione si esercita più specialmente di fronte al proprietario; il privilegio, verso altri creditori. Qualche volta se non può esperirsi il secondo per difetto delle formalità volute dall'articolo 76, può farsi valere il primo per non dare al committente debitore la esorbitante facoltà di portarsi via la roba e il prezzo, e lasciare sulla nuda arena il creditore. È questa una osservazione di gran momento per chi si aggira sulla intelligenza di questo articolo. Il sig. *A.*, mio conterrazzano, mi commette di acquistare per lui tutto il lino grezzo che sarà per entrare in città nel corso di un mese, e intanto mi fa un fondo di ventimila franchi. Ma il mio mandato essendo limitato, e questa somma trovandosi spesa nei primi otto giorni, io continuo a comprare sino a cinquantamila. Dopo ciò, e ricevute le lodi più lusinghiere dal sig. *A.*, egli manda a prendere le casse del lino. Io gli rispondo, pagatemi le trentamila lire di cui sono in isborso oltre le mie provvigioni, e intanto trattengo la merce. Non ne avrò io il diritto? Si dirà forse che non avendo stipulato il pegno, manco del privilegio? Ciò è vero di fronte ad altri creditori privilegiati del committente; rimpetto al committente medesimo, mi bastano le sue ricevute.

Havvi un altro genere di spese che, fatte anche *inter præsentes* e senza scrittura, mi devono esser rimborsate con privilegio.

Tali sarebbero quelle che valsero alla conservazione, incolumità e salvezza delle mercanzie; e le spese di trasporto.

Se un magazzino di lanerie è invaso dalle acque della fiumana traboccante, e vi ha chi in previdenza del disastro ha potuto a furia d'uomini e di torcie sgombrare di notte in gran parte il magazzino, e quindi ha fatto seccare e ristaurare i drappi che non si poterono sottrarre intatti, si potrà forse reclamare una

(1) Molto più devesi rientrare nella regola comune quando il commissionario, per esempio, che fa il negozio si trova *per accidens* nello stesso paese ove sta abitualmente il committente, al quale presta danaro sopra spedizioni da farsi o già fatte, ritenendosi sempre che, rapporto alle questioni che sono influite dalla posizione dei luoghi, il rappresentante d'una casa commerciale agisca quasi sedente al suo banco sebbene per caso si trovi in altro paese.

(2) Non è qui che si debba parlare degli effetti di questo contratto. Basti questo cenno.

Digitized by Google

costituzione di pegno per avere un privilegio? (1).

Se il contrario è evidente, ne discende un corollario generale, che l'articolo 76 non vuol pregiudicati i diritti di privilegio che sono garantiti da un diverso principio di ragione; i quali diritti, a dir proprio, non appartengono al commissionario, come tale, ma sono a chiunque abbia fatto una spesa utile alla cosa, molto più se necessaria alla sua esistenza o conservazione.

Le spese di trasporto, delle quali veniamo a parlare, non sono meno *necessarie*, perchè la locomozione è necessaria.

CAPO II.

DEI COMMISSIONARI DI TRASPORTI PER TERRA E PER ACQUA

Articolo 77.

Il commissionario che s'incarica di un trasporto per terra o per acqua, deve scrivere nel suo libro giornale la dichiarazione della natura e della quantità delle merci, e, se ne è richiesto, anche del loro valore.

272. *Quale efficacia di prova si desuma dalla dichiarazione che il commissionario di trasporto è tenuto di riportare nel libro-giornale.*

272. *Il commissionario di trasporti deve scrivere la dichiarazione* che il committente gli detta: secondo le parole del testo è questo l'obbligo suo: il giornale di cui qui si parla è un registro delle dichiarazioni. Ecco le conseguenze giuridiche che ne discendono in ordine alla prova.

Quanto alla *natura* e *quantità delle merci*, quanto cioè al materiale da trasportarsi, il giornale farà prova in qualità e quantità contro il commissionario, dopo la consegna; mentre non si crederà mai ch'esso abbia accettate tali enunciazioni se non fossero conformi alla verità. Ma ove risultasse che la scrittura fu anteriore alla consegna, o la consegna si fosse fatta fuori della vista del commissionario, la dichiarazione non sarebbe che un fatto di terzo che potrebbe impugnarsi, constando che l'effetto non corrispose alla stessa dichiarazione.

Rispetto al *valore* che non abbia altro appoggio tranne la *dichiarazione* (che il commissionario è obbligato a scrivere), il giornale non farà in ogni caso prova sufficiente: fornirà un argomento di valore approssimativo da accertarsi. Altro sarebbe se il commissionario lo avesse riscontrato, riconosciuto, ed accettato (2).

Vi è qualche decisione che ritiene essere dovere del commissionario di trasporto presentare egli stesso il registro alle dichiarazioni degli speditori o viaggiatori (3): cosa che potrà essergli utile, e perchè il commerciante ha sempre interesse di mostrarsi premuroso e leale, e perchè la dichiarazione limiterà eziandio le pretese esagerate degli speditori nel momento di render conto del fatto suo. Difficilmente potrà sostenersi che gliene corra il debito assoluto; d'altra parte la mancanza di dichiarazione non attenua la sua responsabilità.

(1) Suppongo ciò sia avvenuto a cura e spese del commissionario stesso; ma è chiaro che qualunque altro adempia a questo dovere di socialità, ha un privilegio che gli è assicurato dalla legge comune.

(2) In effetto la *dichiarazione del valore* è una garanzia reciproca. Talvolta è stata giudizialmente reclamata per parte dei commissionari. Le messaggerie reali nel 1832 sostennero avanti la Corte di Parigi la tesi che, non denunziato il valore, cessi la responsabilità degl'imprenditori; proposizione condannata dalla stessa Corte nella sua sentenza del 7 luglio 1832.

E ciò salvo i regolamenti speciali alle ferrovie.

(3) Grenoble 29 aprile 1833 (Sirey, tom. XXXIV, part. II, pag. 622). Come per esempio l'albergatore e l'affitta-camere.

Digitized by Google

Articolo 78.

Egli è responsabile

Dell'arrivo delle merci nel termine stabilito dalla lettera di vettura, salvi i casi di forza maggiore legalmente provata;

273. *Introduzione. Cenno delle varie classi degli agenti di trasporti. Gli intraprenditori delle ferrovie hanno gli stessi obblighi dei commissionari, salvi i regolamenti speciali.*

274. *Primo dovere del commissionario: la consegna al destinatario.*

Del luogo della consegna, specialmente pei trasporti sulle vie ferrate: se alla stazione o a domicilio.

275. RITARDI. *Termini convenzionali quando ce ne siano. Come altrimenti possa misurarsi il ritardo. Se i termini legali o prescritti nella lettera di vettura possano arbitrariamente correggersi a pretesto di deroga tacita.*

276. *L'amministrazione ferroviaria non risponde dei casi di necessità e forza maggiore. Considerazioni sull'articolo 84 del R. Decreto del 1860, nel quale è dichiarato che negli altri casi di ritardo l'amministrazione rimette e restituisce una parte della tassa.*

277. *Illustrazione dedotta da una magistrale decisione di Corte suprema. Quali siano i casi contenuti in quell'articolo, e quali nel dominio della legge comune.*

278. *Differenza da ritardo a sviamento, in quanto quest'ultimo implica fatto imputabile all'amministrazione o a' suoi agenti. Dottrina della Cassazione francese e di* DUVERDY.

279. *Come si risolve il contratto di commissione quando il commissionario ha assunto il rischio di una spedizione immediata, e che, per indugi a lui non imputabili, la merce non possa più servire all'uso pel quale fu ordinata.*

280. *Un'amministrazione ferroviaria è in condizione diversa rimpetto agli speditori e destinatari. Un ritardo prodotto da combinazioni non imputabili non potrà mai partorire azione di risarcimento del danno effettivo e reale.*

280 bis. *Stipulata una penalità pel ritardo, onde rilevare a cui spetti, si distinguono vari casi.*

---

273. Gli agenti di trasporti sono di varie classi: convien distinguerli.

È commissionario di trasporto quello che s'incarica di far eseguire per altri dei trasporti di mercanzie; e li fa eseguire in nome proprio, procurando i mezzi necessari ch'egli paga verso rimborso del committente, e ha diritto ad una provvigione.

Intraprenditori di trasporti sono quelli che ne fanno precisamente un commercio (1). In luogo di agire, come si direbbe, singolarmente e per occasione, assumono simili affari abitualmente; concentrano la loro amministrazione in uffici destinati; si fanno capi e regolatori del movimento; o sono essi medesimi forniti dei veicoli e carri e barche e uomini che da loro dipendono e ne sono pagati; o si servono delle vetture consuete, che conducono a prezzi di favore per la continuità del lavoro che loro procacciano; e nell'insieme fanno un guadagno, oggetto della loro speculazione.

Vi sono anche i *sensali di trasporti*, che abbiamo veduti enunciati all'articolo 42, ai quali appartiene l'iniziativa, l'opera intermediaria; nella esecuzione o non hanno entratura, o assai limitata.

Quest'ultima è veramente una classe a parte, specie che noi dicemmo (2) quasi perduta almeno nel gran commercio, dopo l'esercizio divenuto pressochè generale delle strade ferrate. Del resto il *commissionario* continua ad essere il genere o tipo delle varie forme degli assuntori di trasporti, specialmente per terra; sicchè il Codice non ha avuto bisogno di cangiarne il nome nè la istituzione, malgrado l'ufficio immenso e assiduo delle ferrovie che non vi si trovano neppur mentovate. Alle società che le esercitano compete benissimo il nome d'intraprenditori di trasporti, nell'ideale massimo ed eccellente, e in loro si concentrano tutti gli obblighi dei commissionari (3).

274. Effettuare diligentemente il trasporto;

---

(1) PARDESSUS, *Droit comm.*, nº 574.

(2) Esponendo quell'articolo.

(3) Lasciando stare che hanno anche doveri loro propri formulati in regolamenti speciali.

Digitized by Google

consegnare le cose al destinatario; questo è compiere il fine della commissione.

Il commissionario o imprenditore e il vetturale vi sono ugualmente tenuti; i loro obblighi, come i loro diritti, sono regolati dagli stessi principii; nondimeno la loro posizione, rispetto al modo di operare, non è identica. Il vetturale è per lo più un agente subalterno. Ma intanto che rapporti speciali vanno a crearsi fra lui e il commissionario, lo speditore si trova rimpetto ad amendue nella stessa linea giuridica.

Il commissionario, continueremo a chiamarlo con questo nome generico, deve consegnare gli effetti al destinatario. I modi sono diversi.

A questo luogo entra una forte distinzione fra commissionari, o vettori comuni, e le amministrazioni delle strade ferrate. Molto nel primo caso dipende dalle consuetudini. Non allegandosene alcuna che dispensi gli uffici dei commissionari e degli imprenditori dal far le consegne a domicilio, l'ordine si è che la consegna sia fatta precisamente al destinatario, solo modo di consumare la missione e di esonerarsi da responsabilità, come viene più avanti dichiarando l'articolo 84. Una grande amministrazione ferroviaria si palesa al pubblico con un programma che ora è suo proprio, ed ora è una legge alla quale essa medesima, come i particolari che se ne valgono, deve obbedire; ed è perfettamente conosciuto. Ed è con questa legge che, generalmente parlando, si governa l'amministrazione, e quindi si ha una norma che può dirsi comune.

Tutto ciò è nell'interesse della regolarità, parte sommamente importante di un pubblico servigio. Il luogo del pagamento o della consegna è stato sempre un elemento giuridico di grave momento. Sino ad effettuata consegna il pericolo rimane all'amministrazione; a lei deve premere di liberarsene. Il destinatario sembra esser avvantaggiato della consegna a domicilio, eppure, qualunque ne sia la causa, deve ritenêrsi prevalente il vantaggio dell'amministrazione; giacchè per questo oggetto ha sostenuto delle liti contro destinatari dissenzienti (1). Nel R. Decreto del 26 settembre 1860, siccom'è noto, si sono gettate le basi di una sistemazione di questa materia di cotidiano e, come altri direbbe, di palpitante interesse, e di vera attualità. Ivi è detto nell'articolo 88, che l'amministrazione della ferrovia può stabilire servizi per la consegna delle merci a domicilio. È questo uno sfogo che ben può dirsi necessario alla massa delle mercanzie d'ogni maniera che ingombra ad ogni quarto d'ora i magazzini della stazione. L'amministrazione vi ha nello stesso tempo certi utili pecuniari, legittimi. Perciò nello stesso articolo 88 è stanziato: « I colli che non « portano la menzione *fermi alla stazione*, sa« ranno trasportati d'ufficio a domicilio nelle « città ov'è aperto questo servigio ».

Se il commissionario che non cessa di essere un mandatario ha delle istruzioni speciali, deve obbedirvi a pena del danno (2).

275. *Ritardi.*

Quando nella lettera di vettura è fissato il termine della consegna, il commissionario, e con esso il vetturale, sono responsabili del ritardo.

Talvolta il giorno è determinato — *entro il 20 giugno* 1868. E allora la mora comincia spirato l'ultimo istante di quel giorno (3). Altra volta i giorni sono numerati: *entro dieci giorni*. Secondo l'uso del commercio che ha il suo riscontro nella regola giudiziaria, il primo giorno, che si ritiene quello della partenza, non vi è compreso; bensì l'ultimo.

Se termine non è stabilito nella lettera di vettura, l'obbligazione dell'imprenditore può risultare d'altronde. La Società delle ferrovie d'Orleans aveva pubblicato che i buoi che sarebbero consegnati alla stazione prima delle dieci ore ant. della domenica, sarebbero trasportati a Choisy-le-Roi la mattina del lunedì in tempo per arrivare a Sceaux all'apertura del

(1) Una società di ferrovie sostenne in giudizio che in mancanza di convenzione essa aveva diritto di far trasportare le cose al domicilio; la Corte suprema di Francia sentenziò contro questa pretesa dell'amministrazione, non senza aggiungere che la leggenda — *da consegnarsi a domicilio* — apposta sulle casse, non fa prova della convenzione. Così nelle due decisioni del giorno 5 e 26 marzo 1866 (*Journal du Palais*, 1866, pag. 644). Vedi anche in proposito altre due decisioni della Cassazione francese del 27 luglio 1852, e 17 luglio 1861 nel suddetto giornale.

(2) Un caso molto particolare venne deciso dalla Cassazione di Francia nel 13 febbraio 1814 di taluno che aveva tardato d'impostare una lettera, per cui la merce arrivò a tale che doveva schivarsi per certe ragioni importanti; ma è cosa ovvia che chi è causa di danno deve emendarlo.

(3) È stato giudicato che arrivando il vetturale prima di mezzanotte non è in ritardo (Corte di Lione, 19 giugno 1851; Tribunale di commercio di Havre, 15 ottobre 1844), Lehir, *Mémorial de commerce*, 1852, tom. II, pag. 146.

mercato. La spedizione, più o meno esatta, non sempre rispondeva alla promessa. La Corte di Parigi condannò la società a indennizzare gli speditori (1).

In difetto di ogni promessa, la misura del tempo può sempre dedursi da elementi noti, quando si tratta di servigi pubblici, quali i postali o ferroviari. Si preconosce la via che si deve percorrere, il tempo che s'impiega a distanze chilometriche, il numero delle corse. Ogni ritardo deve giustificarsi perchè ha dietro sè la presunzione della colpa; fra la obbligazione però risultante dalla promessa esplicita e quella del termine ordinario o presuntivo, vi ha una differenza che accennerò più sotto. Non essendovi convenzione, sarebbe del tutto arbitrario il costringere gl'imprenditori ad abbreviare il termine ordinario (2). Più grave ancora non rispettare il termine stipulato nella *lettera di vettura*, argomentando da una diversa consuetudine o da particolari circostanze una deroga convenzionale tacita. Un esempio di grande autorità, e perciò meritevole di ricordo, sarebbe contro questa proposizione, ed è il seguente.

Il signor *B.* era solito di spedire per la ferrovia francese del Nord dei maiali da vendersi sui vari mercati ove vanno a provvedersi i pizzicagnoli (*charcutiers*) di Parigi. Frequenti spedizioni ancora faceva dei suoi maiali il signor *B.* per lo mercato di Saint-Germain-Laye, e il convoglio arrivava in tempo per ispacciarli a quello stesso mercato. Una volta accadde nella ferrovia un ritardo di quattr'ore; *B.* fu costretto a riparare e alimentare le sue bestie in un deposito, e aspettare il mercato seguente. Intanto la merce abbassò, e si vendè con minor vantaggio. Il signor *B.*, che era suscettibile, mosse lite alla società e vinse. Indarno la società si difendeva e col *cahier de charges* che permetteva due giorni a tali trasporti di piccola velocità; e, quel ch'è più, mostrava questo essere il termine di convenzione risultante dalla lettera di vettura; e difatti la merce fu debitamente recapitata prima dello scorrere dei due giorni. Inutilmente. Il tribunale della Senna, e con esso la Corte di Parigi seppero rinvenire l'esistenza di *un contratto tacito*, derogante a quello espresso, dedotto *dalla lunga pratica*; e condannarono la società a rifare il danno del ritardo. Ciò che farà un poco più meraviglia si è che la Cassazione conservò un tale giudicato (3).

276. Non perderò tempo a confutare simili decisioni, e adotto le ragioni, che del resto parlano al buon senso di ogni uomo, esposte dall'autore classico della materia, da DUVERDY, nº 79.

È noto che le società ferroviarie annunciano per solito di non garantire l'esattezza dei passaggi alle stazioni intermedie nel momento fissato nei regolamenti preventivi: siccome poi è del pubblico interesse avere qualche norma in ogni caso, vi hanno talvolta ordinamenti generali che, specialmente per i trasporti a grande velocità, prescrivono il tempo nel quale gli effetti devono esser posti a disposizione del destinatario nell'uffi io della stazione dopo l'arrivo del treno. Evidentemente per tali ordinamenti, ove esistono, non si risolve una questione di responsabilità della società ferroviaria per un ritardo *oltre l'ora regolamentare dell'arrivo;* ma si ordina in qual termine dovrà farsi la consegna dopo l'arrivo.

Se è stabilito termine convenzionale all'arrivo e alla consegna o dalla lettera di vettura o per altro modo, non vi è scusa al ritardo eccettuata la forza maggiore, ed è il preciso disposto del nostro articolo 78, capoverso 1º. Non si doveva accettare, ecco tutto; lo stipulatore ha calcolato su quel momento; ed un momento decide della fortuna di un commerciante. Noi teniamo conto dei termini di quell'articolo. Esso non porta la menoma innovazione sull'articolo 84 del R. Decreto del 1860, ov'è detto « che l'amministrazione non ri« sponde dei danni derivanti dai ritardi nel« l'arrivo delle merci; ella rimborsa soltanto « o abbandona a norma dei casi, e salvi quelli « di forza maggiore, una parte delle tasse pa« gate o dovute pel trasporto della merce ». *Ad impossibilia nemo tenetur;* ed ogni convenzione rompe a questo scoglio. Ma fuori della convenzione, come dissi, siamo avvertiti che il fatto semplice del ritardo, in tesi generale, non attribuisce azione per il danno *derivante dalla non disponibilità delle merci* in quelle date ore sulle quali il consegnatario aveva motivo di contare, argomentando dal corso consueto dei treni. Qualche cosa bisogna dare alla natura dei mezzi che si prescelgono, e alla previdenza che in tutti dev'essere della pos-

(1) 3 dicembre 1830 (*Journal du Palais*, 1831, tom. I, pag. 231); 30 aprile 1831 (*Journal du Palais*, 1832, tom. II, pag. 610); DUVERDY, *Contrat de transport*, num. 78.

(2) Pare non occorra tampoco il dirlo; senonchè di tali arbitrii, sotto pretesto di consuetudini locali, si videro in qualche decisione di tribunali meritamente riprovati (DUVERDY, num. 78 e 79).

(3) Sentenza del 30 dicembre 1857.

Digitized by Google

sibilità di circostanze da fare ostacolo e produrre ritardi; qualche cosa al non essersi posti sotto la garanzia di un patto espresso. Assolutamente troppo dura sarebbe la condizione delle conduzioni ferroviarie.

Noi vedremo ai seguenti numeri che l'amministrazione non è difesa abbastanza dall'articolo 84 quando si tratta di ritardi prodotti da colpa sua o dei suoi dipendenti. Parrebbe adunque che il suddetto articolo non avesse alcuna ragione di essere, mentre o si tratta di colpa, l'amministrazione dovrà risarcire il danno, e non potrà bastarle rinunciare a una parte della tassa; o non vi è colpa, perchè si è dovuto subire una forza irresistibile, la forza delle cose, non si vedrebbe perchè si dovesse *abbandonare una parte delle tasse pagate o dovute;* il che resta escluso eziandio dalla riserva dell'art. 84. Ne daremo pure la spiegazione ai numeri che seguono.

277. L'articolo 84 ha ricevuto una magistrale e solenne interpretazione nella decisione del 1º maggio 1867, pronunciata dalla Corte suprema di Torino, che può leggersi in tutte le collezioni (1).

Per quanto la decisione esponga una teoria che può dirsi generale, non si può per altro prescindere dalla influenza del fatto speciale che determina il grado della colpa dell'amministrazione; e più avanti apparirà la ragione per la quale io tengo sempre osservabile la specie di fatto nei singoli casi.

Col mezzo di ferrovie francesi e dell'alta Italia vennero spedite delle merci alla ditta Faccio di Torino; il viaggio fu perfettamente regolare, e non incontrò nè ostacolo, nè ritardo; la ditta venne avvisata dell'arrivo della cassa a lei diretta. Si mandò a ritirarla, ma la cassa non c'era più; era partita e inviata per errore a Milano. Di qui tempo e spese e fatiche per ricuperarla.

La ditta Faccio mosse giudizio per risarcimento del danno patito per questo disguido. Il Tribunale di commercio di Torino (13 marzo 1867) accolse la domanda. La Corte suprema colla indicata decisione respinse la domanda di annullamento, e fece plauso ai principii adottati dal Tribunale.

La colpa dell'amministrazione e dei suoi impiegati (che è tutt'uno) era evidente, considerata la colpa come quel fatto che è causa immediata dell'altrui danno. Si partiva dunque da un principio generale e fuori di discussione, che chi è causa del danno deve risarcirlo. La questione non poteva venire che dall'art. 48 del R. Decreto, in quanto avesse modificato il principio generale di ragione in favore dell'amministrazione delle strade ferrate, cancellando in ogni caso l'azione del danno per sostituirvi a tutto ristoro un *quid minus* sul dispendio del trasporto. L'amministrazione ricorse difatti a questa difesa; ma era di una debolezza che non tardava a farsi scorgere. La Corte non trovava possibile che il regolamento ferroviario (speciale e avente del resto un carattere direttivo e ordinatorio) avesse voluto far onta a quelli ch'essa giustamente appellava *eterni e incommutabili principii di giustizia e di equità;* e se l'articolo 84 del regolamento aveva mestieri d'interpretazione, non si dovesse abbracciar quella che non fosse in contraddizione coi principii medesimi.

Ma che disse la Corte intorno all'art. 84? Ecco ciò che vi ha di più importante nella decisione: perchè ad ogni modo quell'articolo esiste e bisogna spiegarlo.

« Quell'articolo contempla anzi tutto il caso « di forza maggiore, e statuisce che quando vi « ha forza maggiore, l'amministrazione non ri« sponde di nulla; soggiunge quindi, quanto « ai danni derivati da ritardo nell'arrivo della « merce, la Società non ha altro obbligo che « quello di rimborsare o abbandonare a norma « dei casi una parte della tassa pagata o do« vuta pel trasporto della merce; ma è ovvio « *che oltre al caso di forza maggiore*, special« mente contemplato nel citato articolo, *pos« sono avverarsi due altri casi: quello di ri« tardo causato da qualche accidente fortuito*, « locchè accade quando la merce non può es« sere spedita immediatamente dopo la conse« gna pel soverchio ingombro di merci nei ma« gazzini ferroviari; o quando il corso della « merce è incagliato per fallita coincidenza di « convogli, per qualche impreviste accidente « sopravvenuto sulla linea, o per mancanza di « vagoni occasionata da trasporto di truppe, « o per altra causa qualsiasi meramente ac« cidentale; *ed il caso di ritardo causato dal « fatto degli agenti della ferrovia, o anche « solo da semplice errore e negligenza per parte « dei medesimi* ».

Questa distinzione diede alla Corte suprema la chiave per risolvere il problema: essa disse che il primo caso era quello veramente e solamente contemplato nell'articolo 84; che il se-

(1) La redazione è dell'esimio consigliere conte Valperga, che con quella mirabile facilità di stile che gli è propria, ha dato al concetto della Corte il più chiaro e compiuto svolgimento.

Digitized by Google

condo doveva ritenersi governato dai principii del diritto comune (1).

Sono anche osservabili le parole seguenti: « È giuocoforza ritenere che l'art. 84, allorquando dopo avere statuito che pel caso di forza maggiore l'amministrazione non può esser tenuta a prestare alcun indennizzo, parlò in genere di ritardo nell'arrivo della merce, volle con tali parole alludere unicamente al caso di ritardo *proveniente da qualche fortuito accidente;* che il regolamento *tacque del terzo caso,* cioè *del ritardo proveniente da fatti o negligenza degli agenti ferroviari,* poichè a questa provvedeva già la regola generale di equità e di giustizia, scritta nei citati articoli del Codice civile, e quindi credette inutile di parlarne, lasciandolo sotto l'impero del diritto comune ».

Nel precedente paragrafo la decisione pose veramente tre casi distinti e possibili: 1° il caso di forza maggiore, quello enunciato nell'articolo 84; 2° i ritardi causati da casi fortuiti, che diremo ordinari, o meglio da impedimenti e contrarietà, se vuolsi, non inconsuete e prevedibili nel corso delle ferrovie; 3° i ritardi e sviamenti derivati da colpa. Per isfuggire dunque all'apparente dilemma che sembra scaturire dall'articolo 84 — o *forza maggiore* nessuna responsabilità, o *non forza maggiore* (il che abbraccerebbe tutti gli altri casi), sconto o perdita sulla tassa e non altro, si rende appunto necessario stabilire i tre casi, e dimostrare che i due primi sono compresi nell'articolo 84, e il terzo non vi è compreso.

La sentenza non avea bisogno di porgere altre spiegazioni; ma la dottrina non può fermarsi lì. Essa deve dar ragione dei tre casi. Quanto ai due estremi — irresponsabilità di fronte alla forza maggiore: responsabilità inevitabile pel danno recato, essendovi colpa — amendue sono dimostrati (2). Si deve aggiungere qualche cosa sulla causa del ritardo in quanto è contemplato dall'art. 84; e trattarsi di ritardo cagionato da fortuito semplice e non da forza maggiore.

Bisogna convenire che la legge comune non pone neppure questa distinzione tra forza maggiore e semplice fortuito, che anzi sembra averli sinonimi (articoli 1389, 1226 del Codice civile). Ma sono rapporti che chiaramente li discernono per la speciale natura della condotta ferroviaria.

Vi sono dei casi straordinari e dei casi ordinari: ecco la base della distinzione. Il convoglio è arrestato da una inondazione, avendo di repente un fiume spezzati i suoi argini. Il nemico ha distrutto il ponte su cui si doveva passare; una masnada di malfattori ha manomesse le ruotaie, otturate, invase le gallerie. Evidente la forza maggiore e il caso straordinario. L'amministrazione è colpita nell'interesse più ancora che i particolari da tali in-

(1) Intorno a questa decisione, alcune osservazioni vennero fatte dal signor avvocato Giuriati, direttore della compilazione della *Giurisprudenza*, che continua quella tanto accreditata del Bettini. Il signor Giuriati, che è persona di elevato ingegno, e valoroso propugnatore di ogni civile progresso, vide in quella sentenza un utile ritorno alle leggi del diritto comune, e quasi la condanna di certi privilegi, di certe immunità che, secondo lui, si arrogano oltre il dovere le amministrazioni ferroviarie. Queste osservazioni hanno avuto una risposta alquanto severa in un articolo inserito nella *Gazzetta di Torino* di quest'anno (1868), n° 155 (tolto, parmi, dall'*Opinione*). Mentre il primo si rallegra del ritorno della legge comune, l'articolo crede che le norme sancite nel diritto comune in fatto di viaggi e di trasporti commerciali, siano omai divenute insufficienti; essere necessarie leggi speciali; doversi piuttosto desiderar e far voti perchè questo ramo importantissimo della legislazione venga compiuto.

Io che soglio sempre tenermi nel campo stretto della scienza, non mi occuperei dell'articolo di un giornale (comunque rispettabile) se non ne uscisse una questione che, anche nel modo con cui è presentata, interessa la scienza. Nel commento all'articolo 89 dirò brevemente la mia opinione intorno a ciò che io credo *delle leggi comuni e delle leggi eccezionali;* ma intanto parmi che il sig. avv. Giuriati abbia voluto dire semplicemente questo, non potersi ammettere che ciò che è giusto per tutti, non lo sia eziandio per le amministrazioni delle strade ferrate; nè potervi essere dei privilegi in contraddizione coi principii immutabili del diritto, ossia contro la naturale giustizia, base di ogni diritto. Così dicendo, ebbe ragione in massima; e nella specie non faceva che tradurre il concetto della magistrale sentenza. Nè per certo volle sostenere il contrario l'autore dell'articolo coll'avvertire che le leggi del diritto comune trovandosi insufficienti a regolare le svariate combinazioni del commercio, si deve dar opera a perfezionare questo ramo della legislazione: e del non essere perfetta, è prova la stessa controversia decisa dalla sentenza. Ciò in astratto e in linea di *gius costituendo:* nella specie decisa, male rispondendo il regolamento, la giustizia non poteva farsi se non ricorrendo ai principii generali che regolano dalla loro altezza tutti i casi ai quali non provveggono leggi speciali.

(2) Non può distinguersi fra colpa grave e meno grave, lata o lieve; l'articolo 1151 del Codice civile non ammette distinzioni.

Digitized by Google

fortunii. Essa non deve nulla: ciò è naturale e giusto. Ma avvengono più frequenti gli altri casi, niente sfortunati ed anzi vantaggiosi all'amministrazione, mentovati nella decisione, di forte ingombro di merci, di grande concorrenza di viaggiatori, di trasporti militari e simili: tutte cose che non sono per certo imputabili, ma che in fine danneggiano i commercianti che aspettano le loro mercanzie, pregiudicano gli interessi privati (1). Sono questi, secondo noi, i casi contemplati nell'articolo 84 di perdita o abbandono di parte della tassa per dare un qualche ristoro a chi sente un danno reale dal ritardo. È un caso medio, sconosciuto dalla legge comune; specialissimo ai trasporti delle ferrovie. Ognuno sente quanta equità si contenga in tale disposizione. Non si può imporre veramente all'amministrazione di misurare le cose in modo che le merci e gli oggetti trasportati arrivino sempre a una data ora; nè obbligarla a mandare, per dir così, dei treni apposta quando l'intrecciamento e il cumulo degli affari si conosca dover produrre ingorghi e ritardi; sarebbe ingiusto: solamente deve sollevare in qualche maniera l'incomodo grave e il pregiudizio che il privato ne risente a sua volta. D'accordo che tutto questo dipende dall'apprezzamento del giudice, dato che il ritardo sia notevole, che il pregiudizio si dimostri: allo stesso giudice adattare la misura entro la quale sarà per applicarsi il compenso dichiarato dall'articolo 84 (2).

278. Dalla specie come sopra decisa, discende un corollario che si traduce in una massima giuridica ben rilevante. Cosa è il ritardo? « Vi ha ritardo nell'arrivo quando la « merce parte dal punto in cui ebbe luogo la « consegna, è avviata per la strada che debbe « seguire per giungere alla sua destinazione; « ma nel percorrere questa linea incontra un « ostacolo che ne rallenta o ne sospende il « corso » (3). Questa indicazione è esattissima. Ritardo è l'effetto di un ostacolo che si frappone all'arrivo nel termine ordinario o pattuito. Con questo non si volle esprimere, nè intendere o fare intendere, che il ritardo possa essere *volontario*, prodotto da intenzione, e neppure da errore non invincibile, che si reputa sempre volontario, perchè si vuole ciò che con maggior attenzione si potrebbe evitare.

« Ora di leggieri si scorge, prosegue la de« cisione, *come nel caso in esame non si tratti « di ritardo;* le merci che alla ditta Faccio « furono dirette a Torino, ove ha sede quella « ditta, giunsero in questa città sino dal 19 set« tembre 1865; ma invece di venir consegnate « alla casa commerciale destinataria, vennero, « per imprudenza o negligenza degli agenti « ferroviari, poste nuovamente in moto e spe« dite, in opposto alla loro destinazione, a Mi« lano, donde non ritornarono che dopo un « mese e più ». Ritardo non c'era: non vi fu ostacolo: le merci arrivarono in tempo. Non ritardo, ma *sviamento* per fatto degli agenti dell'amministrazione. Se si passa e può scusarsi, non vi sarebbe più misura alcuna, si confonderebbe ogni criterio della responsabilità. Un disordine generale nell'amministrazione; difetto di agenti abili e numerosi giusta il bisogno (4) per ispirito di gretta economia e di risparmio; registri inesatti, e via discorrendo, renderebbero frequenti gli errori, gli smarrimenti, le diffalte: e sarebbero effetto del sistema, o meglio del non aver sistema. I colli, le

(1) In certe famose solennità politiche, o feste, o fiere, si suole proporre dalle amministrazioni ferroviarie un notevole ribasso sui prezzi; quindi tale un concorso e una pressa di viaggiatori, e un lavoro sulle linee ferrate, che ci sono sempre ritardi e di grave scapito agli speditori e destinatari di merci. La società ha fatto il suo interesse, era nel suo diritto; ma nulla di più giusto che siano fatti degli abboni al commerciante che soffre da tali procrastinazioni.

(2) L'enunciato di esso articolo ha pure radice negli usi del commercio, come ci attesta ALAUZET: « A défaut de stipulation particulière, un usage « général a établi que le destinataire avait le droit « *de retenir le tiers du prix de transport* ». Tale clausola, secondo il citato autore, suole inserirsi nella lettera di vettura; e allora ha carattere *di penale:* il solo ritardo per una causa qualunque verifica la comminatoria. Io credo però che ciò avvenga piuttosto nei trasporti a mezzi privati; e non so che si faccia per quelli che si eseguiscono colle ferrovie. L'articolo 72 del Decreto vi si opporrebbe. Secondo numerose decisioni (Parigi, 2 fruttidoro, anno XIII; Rennes, 21 dicembre 1824; Metz, 16 febbraio 1816; Bordeaux, 4 maggio 1848; Douai, 24 maggio 1837; Cassazione francese, 6 dicembre 1814), la clausola non toglie il diritto di conseguire la rifusione dei danni reali.

(3) La Corte d'Aix, pronunciando che i commissionari di trasporto e i vetturali sono responsabili dei ritardi dell'arrivo delle mercanzie, non giustificati da forza maggiore, decise (23 gennaio 1863, *Journal du Palais*, pag. 1021) non essere da ascriversi a forza maggiore la circostanza di essersi dovuto fare lo sbarco delle mercanzie per esigenze del servizio postale.

(4) Una società ferroviaria non può scusare il ritardo colla insufficienza dei suoi materiali (Lione, 7 dicembre 1864, *Journal du Palais*, anno 1865, pag. 1140).

casse potrebbero farsi correre chi sa dove e a quali distanze, o nella confusione dei depositi perdersi di vista chi sa per quanto tempo. Io non intendo accusare; io non levo una censura contro le amministrazioni ferroviarie; ma ragiono in astratto, e dico a quali estreme conseguenze potrebbe condurre una diversa intelligenza della legge, l'adozione di diversi principii.

In caso sì grave, mi piace confortare con altra autorità non meno eminente, la decisione di questa Corte suprema.

Quella di Francia (22 maggio 1865, *Journal du Palais*, pag. 1182) sentenziò: che quando lo speditore, con lettera diretta al capo della stazione, ha dato ordine di trasportare in luogo determinato le mercanzie da lui acquistate, la società ferroviaria è responsabile verso lo speditore *se le trasporti in altro luogo:* che è caso identico a quello segnalato di sopra.

Finalmente sarà accettata, io credo, a tranquillità degli oppositori, l'autorità del DUVERDY (1). La sua dottrina è più severa di quella inaugurata dalla Corte di cassazione, e da me dichiarata. Noi riteniamo che alla obbligazione del danno debba corrispondere la colpa. Il ritardo dà luogo alla perdita della tassa quando è notevole e non sia senza qualche pregiudizio del destinatario.

279. Se non che il ritardo può produrre un altro e particolare effetto, quando sia talmente prolungato, che la cosa *non possa più servire all'uso cui era destinata*.

Anche su questo articolo porteremo una decisione recentissima, dalla quale, secondo il nostro stile, dedurremo qualche generalità.

C., commissionario, si era assunto di provvedere pelli per il commerciante *M.*, obbligandosi *di farle spedire subito e a prezzo franco in Torino*. La merce arrivò, ma ritardata per circa tre mesi: il signor *M.* rispose che più non gli occorreva, che la spedizione non serviva più allo scopo; che insomma rifiutava la merce, e si diceva sciolto dal contratto.

Il Tribunale di commercio di Torino gli diede ragione; la Corte d'appello, nel 17 maggio 1867, confermò la sentenza.

È osservabile che la Corte pose in fatto che *C.* non era imputabile di colpa, e gli accordò persino di trovarsi in caso di forza maggiore; tuttavia ragionò in questo modo: « Che a giustificazione della sentenza appellata sta la « dottrina e la giurisprudenza, secondo cui è « ritenuto in massima che, sebbene il venditore possa andare immune da risarcimento « dei danni e interessi verso il compratore, « allorquando il danno derivi da forza maggiore, pur nondimeno, anche in tal caso, *debba « essere pronunziato lo scioglimento del contratto nell'interesse del compratore ogniqualvolta si tratti di un acquisto per lui fatto a « tempo determinato*, o *per un uso che non ammettesse dilazione del tempo ordinariamente « richiesto per il viaggio, il trasporto e la consegna* » (2).

Questa specie mostra la differenza che corre fra il diritto nascente dalla convenzione e quello che deriva dalla legge generale relativa ai trasporti commerciali. Se il commissionario non avesse assunto di fare *subito* la spedizione, il che involveva *una promessa corrispondente ai conosciuti bisogni del destinatario*, io credo che, scevro d'ogni colpa, il commissionario non avrebbe dovuto obbligarsi a far sua la merce, forse con danno gravissimo; toltone il caso di non attesa revoca del mandato (3).

La Corte ha dovuto decidere la questione colla teoria della compra-vendita, applicandone i principii ad un contratto che non era precisamente di compra-vendita; in quanto il commissionario rappresentasse il venditore (ignoto) e ne ritenesse le obbligazioni. Una *commissione di trasporto*, obbligatoria *a tempo determinato*, si svolge realmente in questo risultato, che, smarrito coll'indugio lungo il fine per cui era stata ordinata, rimanga vuota di effetto a pericolo dello stesso commissionario. Lo stipulatore ha voluto assicurarsi: la promessa di dare una cosa a termine fisso, è una assicurazione come un'altra. Un giusto senso di equità c'impone di non caricare al commissionario incolpevole le conseguenze del ritardo se il committente può ancora valersi degli oggetti speditigli: ma se non può più valer-

(1) Il pagamento della indennità stipulata nella lettera di vettura (molto più se non sia dovuta che per forza di un regolamento) per causa di ritardo « ne libère le voiturier de l'action de l'expéditeur « que lorsque il s'agit d'un retard ordinaire *qui « n'a pas causé autrement de préjudice.* Si le retard « avait été considérable, et s'il avait entraîné des « pertes énormes pour l'expéditeur ou le destinataire, *le voiturier devrait être condamné* à des dommages-intérêts équivalents à tout le préjudice « éprouvé (*Contrat de transport*, n° 82). Vedi ancora POUGET, *Du transport par terre et par eau*, t. II, pag. 176.

(2) Si aggiunga in fatto che *M.* aveva di più avvisato il *C.* che ritardando l'arrivo egli non avrebbe più potuto ricever le pelli.

(3) Come pareva in quel caso; la Corte però non si fondò su questo motivo.

Digitized by Google

sene (1), se la merce è già vieta, scaduta, quando arriva e non trova più compratori; il caso fortuito deve ritenersi assunto dallo stesso commissionario, quand'anche la spedizione fosse partita in tempo.

In generale si fa molto, e con ragione, dipendere la risoluzione dalle circostanze di fatto. Talvolta il vetturale è stato condannato a pagare il valore (Cassazione franc., 3 agosto 1835). Il silenzio usato dalla legge rende perfettamente ragionevole questa decisione. « Attendu « que la loi, en gardant le silence sur le mode « d'indemnité à laquelle elle soumet les com« missionaires de roulage, voituriers, et entre« preneurs de messagerie, pour le cas ou les « marchandises sont arrivées tardivement à « leur destination, a laissé aux tribunaux à « déterminer cette indemnité d'après les faits « et les circonstances..... » (Decisione suddetta) (2).

280. Siamo venuti ragionando con proposito dei commissionari. Quantunque un'impresa ferroviaria non trovi altro posto per essere esaminata in materia di trasporti che quello dedicato ai commissionari, tacendo mirabilmente il Codice su tutto quanto concerne in ispecialità le imprese ferroviarie, ciò nonostante si è costretti qui pure a rilevare delle sostanziali differenze.

Nel contratto di commissione, propriamente detto, noi ci troviamo perfettamente liberi: le condizioni del contratto sono intieramente nostre. Invece le mutue relazioni che si formano in occasione dei trasporti fra i particolari e l'amministrazione ferroviaria, sono per amendue le parti meno libere. I primi non hanno scelta: l'amministrazione ha il monopolio, legittimo certamente e necessario, ma sempre un monopolio. Ciò non significa arbitrio irragionevole, poichè essa pure ha dei regolamenti ai quali deve obbedire; così la libertà è spesso mista e anche modificata dalla legalità. Volgendo l'occhio alla storia, in verità ancor giovine, delle questioni ferroviarie, vediamo per alcuni tribunali ritenersi che le società non possano punto discutere sulle condizioni della lettera di vettura che loro sia richiesta dagli speditori, ma abbiano ad accettarne la formola dalla mano della legge, così come sta scritta nel Codice (3); quindi non possano esimersi dall'obbligarsi a rilasciare il terzo del diritto di trasporto (4). La Corte di Besançon giudicò in opposto nel 16 gennaio 1860, che se lo speditore poteva esigere che nella lettera di vettura si fissasse il *quantum* della indennità pel caso di ritardo, la società potesse o no convenire; trattarsi insomma di un contratto libero dipendente in ogni e singolo caso dalla volontà.

Parleremo di proposito più avanti della lettera di vettura e dei suoi caratteri. Intanto rammentiamo che nell'articolo 72 del Decreto del 26 settembre 1860, è dichiarato che la lettera di vettura non può portar condizioni tali da impegnare la responsabilità dell'amministrazione oltre i limiti delle condizioni ordinarie di trasporto stabilite nei regolamenti, nè clausole penali.

Su questa giurisprudenza oscillante e mal definita, ragionando un illustre scrittore (DUVERDY, *Contrat de transport*, nº 89), avvertiva che la uniformità e la costante osservanza dei regolamenti governano le condotte ferroviarie; che i rapporti dell'amministrazione cogli speditori e destinatari sono bensì sotto il dominio di principii contrattuali, formandosi il contratto coll'accettazione delle merci e col fatto della spedizione; ma infine le norme direttive sono generali e comuni, laddove il vetturale fa delle convenzioni particolari volta per volta e discute le condizioni. Nulla quindi può esser imposto all'amministrazione ferroviaria oltre il portato dei regolamenti (5).

Ne segue che la teoria che abbiamo avuto l'onore di esporre ai numeri 276, 277 e 278 dovrebbero rimanere immutabili. Un forte ritardo che abbia pure recato un pregiudizio, potrà imporre all'amministrazione l'abbuono di una parte del prezzo di trasporto, secondo le cose ivi spiegate; ma l'obbligo suo non potrà mai assumere il carattere di risarcimento del danno effettivo e reale, quando il ritardo non possa ascriversi a colpa della stessa amministrazione, posto ben anco l'estremo caso che il destinatario non possa più usufruttuare la

(1) Mandatemi degli articoli di moda per la prossima stagione d'inverno: il commissionario promette l'arrivo entro il mese di novembre, ma non può mandarli per circostanze da lui indipendenti, se non al fine di febbraio. È un altro esempio calzante.

(2) Altre decisioni in questo senso (Corte di Parigi, 11 luglio 1855; di Lione, 25 giugno 1856; *Moniteur judiciaire de Lyon*, 15 luglio 1856).

(3) Nel francese è l'articolo 102, non diverso dal nostro articolo 81.

(4) Corte di Parigi, 30 marzo 1860; Colmar, 6 dicembre 1859.

(5) Ciò non esclude *la facoltà* di stabilire in casi particolari o straordinari condizioni contrattuali di trasporto; l'amministrazione non può avere in simili contingenze minore libertà dei privati.

Digitized by Google

merce giusta i calcoli del suo traffico e le particolari esigenze del suo commercio (Corte di Torino, 2 settembre 1867, Bettini, II, p. 532).

280 *bis*. Stipulata una penalità nella lettera di vettura in causa di ritardo (un terzo per esempio, un sesto, del prezzo di trasporto) si è fatta la ricerca a chi appartenga l'esigerla, trattenendo il prezzo al vetturale.

Al destinatario certamente, intendendo con questo nome colui che riceve la merce in ultimo luogo per non trasmetterla ad altri. L'azione non appartiene a quelli che si direbbero i destinatari intermedi che sono incaricati di rimetterla ad altri, come avviene passando la merce da una ad altra stazione nei grandi viaggi ferroviari, benchè ognuna di queste sia indicata destinataria. Noi supponiamo in codesti commissionari intermedi degl'interessi distinti. La società ferroviaria dell'Alta Italia, che ha sede in Torino, assume di trasportare oggetti di gran valore a Napoli, con obbligo di consegnarli entro il 20 luglio, e a pena, in caso di ritardo, di rimettere un terzo del prezzo di trasporto che deve pagarsi dalla casa destinataria di Napoli. A Bologna si fa un primo passaggio ad altra società; un secondo ad Ancona. Alla stazione d'Ancona il convoglio arriva tre giorni dopo l'ordinario per combinazioni quali che siano. Si ha quindi ragione di dubitare che non si potrà sbarcare la merce a Napoli nel giorno fissato dal contratto. La società d'Ancona protesta: è il suo diritto, ben conoscendo che il destinatario (o lo speditore, secondo i casi) vorrà trattenere a suo danno il terzo stipulato. La società d'Ancona non ha che un'azione di regresso verso quella alla quale il ritardo è imputabile (1).

Si osserva che, ove lo spedizioniere avesse dato ordine a un solo commissionario di trasporto che lo eseguisce coi suoi vetturali e per mezzo di suoi corrispondenti, la penalità, avverato il ritardo, cade sull'intero prezzo di trasporto. Se all'incontro lo spedizioniere dirige il carico a un luogo intermedio, ad altro impresario che s'incarica di proseguire il viaggio e questi forse ad altri, la pena è scontata da colui al quale è imputabile il ritardo (Duverdy, n° 91).

(Seguito dell'articolo 78).

Egli è risponsabile (il commissionario)

Delle avarie o perdite delle merci se non vi è convenzione contraria, o se non dipendono da vizio della cosa o da forza maggiore;

281. *Sorgenti onde deriva la presente disposizione. Sotto un punto di vista generale, com'essa si applichi ai commissionari, ai vetturieri e alle amministrazioni ferroviarie.*

282. *La clausola* di non garanzia *non può essere validamente stipulata dal commissionario che allorquando non sia insieme intraprenditore di trasporti; e non è concessa al vetturale.*

283. *Perdite: avarie: differenza fra i significati di codesti vocaboli, e come in tali contingenze diversifichi la posizione del commissionario o vetturale.*

284. *L'iscrizione nei registri del pubblico imprenditore di trasporti non è la sola prova della consegna degli oggetti: il viaggiatore può dimostrarla con altri mezzi; semprechè la registrazione non sia dal canto suo obbligatoria, importando il pagamento d'una tassa.*
Ma può sempre provarsi il dolo dell'amministrazione.

285. *Presso quegl'istituti di trasporto che esigono una tassa particolare per gli oggetti preziosi e valori, è d'uopo averli denunciati per reclamarne la indennità in caso di perdita.*
Il principio può essere mitigato in particolari circostanze.

286. *Ancorchè non denunciato, il modico valsente che può occorrere pel viaggio, e si presume contenuto nelle valigie perdute, deve indennizzarsi per ragionevole estimazione del giudice.*
Nei trasporti ordinari e non regolamentati, come si provvegga in ordine alle prove.

---

(1) Lehir, *Mémorial de commerce*, 1852, part. II, pag. 146; Duverdy, pag. 146; Tribunale di commercio di Lione del 28 febbraio 1851, confermato da quella Corte nel 19 giugno dello stesso anno; Tribunale di commercio d'Orléans nel 15 dicembre 1858, confermato dalla Corte di Parigi nel 15 luglio 1861 in casi nei quali delle società intermedie di strade ferrate pretendevano di profittare della multa benchè danno non avessero sofferto loro particolare.

Digitized by Google

287. *La garanzia pei danni e guasti derivanti dal fatto semplice del trasporto è naturale a questo contratto.*
288. *Cose fragili. Si può stipulare la non garanzia: pretendere al migliore imballaggio; non rifiutarsene dalla conduzione ferroviaria il trasporto a differenza di privati conduttori.*
289. *Vizio della cosa.*

---

281. Questa disposizione del Codice di commercio è un frammento staccato dalla legge civile, che pone i seguenti principii: « I vetturini « per terra e per acqua sono sottoposti, quanto « alla custodia e conservazione delle cose loro « affidate, agli stessi obblighi degli alberga« tori » (art. 1629 del Codice civile (1). « I vet« turini sono obbligati non solo per ciò che « hanno ricevuto nel loro bastimento o nella « loro vettura, ma altresì per ciò che è stato « consegnato loro sul porto o nel luogo di re« capito, per essere riposto nel loro bastimento « o nella loro vettura » (articolo 1630). « Essi « sono obbligati per le perdite o per i guasti o « le avarie delle cose loro affidate, se non pro« vano che si sono perdute o hanno sofferto « guasto o avaria per un caso fortuito o per « forza maggiore » (articolo 1631) (2).

Sono prescrizioni e regole che vanno all'indirizzo del vetturale che ritiensi consegnatario immediato della merce da trasportarsi. La legge commerciale ne ha fatto estensione al commissionario, quindi ha dovuto ripetersi (3). Il commissionario che si è assunto il trasporto, benchè non v'impieghi l'opera personale, è responsabile del fatto del vetturiere: la legge di commercio non conosce *ordine* di responsabilità: quindi si applica direttamente all'uno e all'altro agente, sebbene i loro atti siano molto diversi. Data una tale uguaglianza di rapporti obbligatorii per quanto spetta all'azione del trasporto (4), ne segue che il commissionario, creatura del Codice di commercio, è nonostante tenuto alle obbligazioni di quelle leggi civili che non furono scritte per lui. Il commissionario risponde altresì, quasi assicuratore, dei fatti personali e colpevoli del vetturale. Egli guarentisce la merce al suo destino (colle limitazioni espresse dalla legge): ecco tutto.

È chiaro che dovendo rispondere dei fatti personali del vetturale come fossero propri, il commissionario è surrogato altresì nei diritti di lui, e si riveste delle sue eccezioni. Diremo fra breve che anche gli speditori o destinatari hanno obblighi che devono adempiere per essere ammessi a reclamare per le perdite e danni che soffrono nel trasporto, almeno per quanto concerne la misura e il valore. Il commissionario subentra di pieno diritto nelle eccezioni del vetturale. La loro posizione è, sotto questo rispetto, identica.

Peraltro a verificare tale perfetta ed assoluta solidarietà (5) è d'uopo aver lasciato intera al commissionario la libertà d'azione; se, dopo le prime operazioni, fosse piaciuto al committente di eleggersi un vetturale di sua confidenza, e costui gli avesse fallito, è manifesto che il commissionario non sarebbe tenuto.

E qui si presenta di nuovo la condotta ferroviaria come genere medio, che sembra fuori delle previsioni del Codice, benchè si possa esser certi che essa fu nel pensiero profondo del legislatore. Velata, mi esprimerò così, sotto il nome generico di commissionario, l'amministrazione ferroviaria ne ha le obbligazioni: sino a un certo punto però, mentr'essa è retta da regolamenti suoi propri. Vettrice per eccellenza, assorbente generale dei mezzi terrestri di trasporto, non può sostanzialmente essere divisa dagli obblighi dei vetturali particolari, perchè troppo grave sarebbe il pregiudizio del pubblico che si lascia trabalzare da lei, persone e cose, per tante parti del mondo; ma è anche vero che l'amministrazione ha dei rapporti *sui generis*, come pure si vide nella precedente nostra esposizione; laonde lo scrittore moderno ha un campo di trattazione più esteso di quello che poteva esser concesso agli scrittori d'altri tempi.

282. Siamo colpiti da una differenza notevolissima fra la redazione dell'articolo 78 e quella dell'82. Nel nostro leggiamo la riserva — *se non vi è convenzione contraria* — che nel secondo non appare (6). Forsechè al commissionario è lecito stipulare la riserva, e non

---

(1) Articoli 1866, 1867, 1868 del Codice civile.

(2) Nel diritto romano principalmente nel titolo del Digesto *nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant.*

(3) In questo e nell'articolo 82.

(4) Diversi peraltro ne sono i diritti; e della differenza veniamo a dare un breve cenno.

(5) Mi riservo di parlare specialmente della solidarietà attiva e passiva dei commissionari, esponendo la terza parte di questo articolo 78.

(6) L'articolo 107, primo capoverso del Codice

al vetturale, esecutore materiale del trasporto? È appunto così.

Possiamo giovarci di un notevole passaggio di Pardessus. « C'est à cette occasion *qu'il « faut bien distinguer entre le véritable com« missionaire des transports et celui qui, tout « en prenant ce titre, ne serait qu'un entre« preneur qui en exécute les transports*, soit « par ses propres agents, soit en stipulant avec « des voituriers autres que ceux qu'il compte « à son commettant. La faculté d'*exclure la « responsabilité* pour les faits des voituriers ne « nous semble point admissible dans ce cas, et « celui qui prouverait que le prétendu com« missionaire n'a été à son égard qu'un entre« preneur de transport, pourrait le poursuivre « *nonobstant la clause de non-responsabilité « insérée dans la lettre de voiture* (*Droit commercial*, n° 576).

Il commissionario può stipulare la non responsabilità (così letteralmente il nostro articolo) non prestando il fatto personale, ed è lecito non voler assumere la garanzia del fatto personale altrui; ma ognuno ha la garanzia del fatto proprio, per logica conseguenza la riserva è negata al vetturale (1).

La differenza fra commissionario (véritable) che noi diremo puramente tale, e l'imprenditore di trasporti è ben rimarcata nel citato passaggio di Pardessus. Il primo tratta ed assume nella sua qualità l'affare del trasporto, e lo conclude nel nome proprio o di un terzo; ma non s'immischia nella materiale esecuzione, non traffica sulla esecuzione, conducendola per mezzo dei suoi propri agenti: come tale non può stipulare la clausula di non garanzia. Noi supponiamo che il commissionario di trasporto abbia stabilito l'affare in nome proprio. Ma quand'anche lo faccia *nel nome del committente*, non perciò si libera dalla responsabilità che gl'incombe rispetto alla *esecuzione*, che anche non condotta personalmente rimane sotto la sua direzione e sorveglianza. Ed in ciò la posizione di un commissionario di trasporti è dissimile da quella di altro commissionario, come si è dimostrato nelle annotazioni sull'art. 68.

La società ferroviaria è un vero intraprenditore di trasporti; ed anzi ella è questa la sua caratteristica più distinta, non partecipando del commissionario che sotto alcuni aspetti generali. Il nostro articolo pertanto non riceverà applicazione per essa; colla quale osservazione viene a completarsi la teoria esposta intorno al precedente capoverso. Non solo adunque l'amministrazione ferroviaria non può esonerarsi dal rispondere dei suoi fatti personali (e tali sono quelli dei propri agenti e preposti) all'ombra dell'articolo 84 del R. Decreto 1860; ma sarebbe nullo e senza effetto il patto contrario (2).

—

283. Non vi essendo *convenzione contraria*, il commissionario ha dunque tutte le obbligazioni del vetturale, e la materia può esser trattata congiuntamente.

Esponendo il Capo seguente, e parlando dell'azione del danno, vedremo come l'azione possa spettare allo speditore e al destinatario, e in qual modo. Bisogna però cominciare dal farsi una qualche idea di quelle obbligazioni preliminari che possono incombere al viaggiatore o speditore, che viene in seguito a reclamare il risarcimento del danno per la perdita degli oggetti.

In questi paragrafi noi ci occupiamo particolarmente della *perdita*; diremo indi delle *avarie*.

Benchè *perdita* ed *avaria* si veggano al fianco sulla stessa linea dell'articolo, conviene avvertire una ben grave differenza. *Perdita* è avaria completa; se non voglia dirsi piuttosto ch'essa è la negazione dell'avaria perchè l'oggetto che non esiste più, non è suscettibile di essere danneggiato: qualunque sia il frasario che voglia adoperarsi, la questione si presenta in una forma affatto diversa (3). L'*avaria*, che è una diminuzione della quantità, qualità, peso

di commercio albertino è dello stesso tenore. Esso copiava l'art. 98 del Codice di commercio francese.

(1) La Cassazione di Francia nel 26 marzo 1860 (*Journal du Palais*, 1861, pag. 715) dichiarò nullo il patto apposto dal vetturale di non rispondere del fatto proprio e dei propri agenti. Dottrina applicabile alle ferrovie, come si discorre più avanti (Caen, 20 aprile 1864, Massé e Vergé sopra Zachariae, § 709; Sourdat, *Trait. de respons.*, ecc.).

(2) L'amministrazione, come intraprenditore di trasporto, si reputa presente a tutti i fatti, anche apparentemente isolati, dei suoi agenti, formanti nell'insieme una persona morale. Fu stabilito dalla Corte di Besançon nel 26 agosto 1858 (*Journal du Palais*, 1859, pag. 1158) che anche i fatti dei conduttori di vagoni circolanti per trasporti di materiali o simili sono assunti dall'amministrazione. Ciò si disse in una specie nella quale uno di tali conduttori, trascurando i soliti segnali, produsse un urto e recò danno ai viaggiatori d'altri vagoni.

(3) È probabile che la voce *avaria* non sia bene adoperata a questo titolo, e giovasse riserbarla ai fatti della navigazione. Voce divenuta così famigliare e necessaria al commercio, non potrebbe cer-

Google

o valore degli oggetti, ne attesta però la presenza. La cosa non è stata involata: ciò è il sostanziale; ma la cosa che non si vede, poniamo un gruppo di moneta, può essere stata involata, e poichè il vetturale n'era il detentore, e dee credersi detentore diligente, cade pur troppo su di lui una presunzione di furto ch'egli deve rimuovere da sè. Vi è di più. L'*avaria* porta in sè la traccia della sua causa: un liquido si è sparso, è sfuggito dalle bottiglie mal turate; corpi fragili furono infranti dalle scosse: ma chi mai troverà l'origine, la causa della *perdita* totale, se lo stesso commissionario e vettore non sappia narrarcene la storia? E ciò basti delle differenze che l'esame dei casi pratici mette in rilievo; alcune però delle osservazioni che seguono possono accomunarsi ad amendue le contingenze.

284. « Gl'imprenditori di pubblici trasporti « per terra e per acqua, e delle vetture pubbliche, debbono tenere un registro del danaro e degli effetti ed involti di cui s'incaricano (articolo 1632 del Codice civile).

La questione della responsabilità per la perdita degli oggetti è preceduta da quella della consegna. Il difetto della registrazione, come abbiam detto altrove (1), non assolve il commissionario o vettore dal render conto degli oggetti che si provano realmente consegnati per trasportarli. In massima generale ciò non sembra contestabile: havvi però una differenza fra gli istituti di trasporto, in relazione alla quale questa massima può ricevere delle modificazioni; e ad essa devesi, almeno in gran parte, attribuire la varietà che si ravvisa nel corso della giurisprudenza. Esisteva ab antico in Francia l'ufficio della *messagerie* o del procaccio. Il *messager* era l'incaricato di trasportar le lettere, i pieghi, i bagagli da una ad altra città; appaltatore delle barche corriere e vetture pubbliche (MERLIN, *Répert.*, v° *Messageries*). Sciogliendo una controversia che aveva rapporto a tale istituzione, il Parlamento di Parigi, nel 31 gennaio 1693, stanziò che il vetturale non doveva rispondere della perdita degli oggetti che il viaggiatore non aveva fatti iscrivere. A molti anni di distanza la Corte di Parigi (ma in un caso di trasporto ordinario) dichiarò « que le défaut d'inscri« ption sur les registres ou feuilles des entre« preneurs des voitures publiques, des effets « ou marchandises à eux confiées, *ne le dé« charge point de la responsabilité en cas de « perte, mais impose seulement au voyageur « l'obligation de prouver le fait de dépôt* ». Giurisprudenza che è prevalsa nei tempi moderni, e parmi con ragione.

Al commissionario, al vetturiere non si può accordare di più (2). La presunzione è per lui che non si potrebbe mai supporre aver agito dolosamente col viaggiatore nascondendogli i registri, o non accettando le sue dichiarazioni per evadere la responsabilità di cui è gravato. Al viaggiatore si oppone, ch'egli non doveva trascurare la più volgare cautela di ritirare una ricevuta della fatta consegna; frode non ci sarà dal canto suo, ma ci potrebb'essere: infine chi reclama il risarcimento di un danno, deve provare di averlo sofferto.

Vi hanno altresì intraprese di pubbliche vetture che non ne hanno l'obbligo. Tali sono le imprese degli *omnibus*, e delle vetture cittadine (*fiacres*). E nondimeno gl'imprenditori rispondono delle perdite imputabili ai conduttori e cocchieri delle singole vetture di ragione dell'impresa, e solidariamente con essi (3).

Se non che ai principii fin qui esposti vi hanno limitazioni sommamente osservabili. L'articolo 1633 del Codice civile dichiara che « gl'imprenditori dei trasporti e delle vetture « pubbliche e i padroni di bastimenti sono sog« getti a regolamenti particolari che *fanno « legge fra essi e quelli coi quali contrattano* ».

O esistano tali regolamenti, o l'uso comune o la necessità dell'impresa siano di maniera che la registrazione debba farsi *obbligatoria-*

---

tamente escludersi, malgrado la imprecisione del significato: ora esprimendo il danno materiale che incoglie alle cose; ora quello che colpisce un'operazione, un'impresa; ora il modo di concorso per riparare alle perdite, onde abbiamo le avarie grosse o semplici o particolari. Ma in affare di marina c'intendiamo perfettamente. Il linguaggio classico seppe trovare i vocaboli opportuni per esporre concetti niente dissimili dai nostri, come puoi vedere in tutto il titolo *Ad Leg. Rhodiam de jactu*. Non intendo però scomunicare il vocabolo *avaria: resti*, poichè vi si attaccano idee chiare e comuni. Dico solo che, termine marinaresco com'è, avrebbe anche una significazione più precisa se fosse lasciato nel suo campo; essendovi pei fatti terrestri le parole *deterioramenti*, *guasti*, ecc.

(1) Esponendo l'articolo 17.

(2) Fuori però di quello stato di cose che vengo dichiarando al fine di questo numero.

(3) Decisioni su questa materia e condanna d'impresari di vetture di piazza. Cassazione francese, 1° maggio 1835 (*Journal du Palais*, tom. II, p. 596); Rouen, 27 febbraio 1856 (Ivi, 1857, pag. 816); Parigi, 17 dicembre 1858 (*Gazette des Tribunaux*, 23 dicembre 1858).

mente dai viaggiatori *perchè devono pagare una tassa alla impresa*, allora è fermo che il viaggiatore che non si è presentato a far pesare i colli, e non ha il bollettino del pagamento della tassa, non può neppure aspirare alla prova di aver fatta la consegna. Egli è in flagrante contravvenzione; egli è reo di tassa frodata; ove provasse di avere spinti i suoi bauli fra le masse che viaggiano entro i vagoni di una strada ferrata, sarebbe introduzione clandestina, e l'amministrazione non ne risponde.

Ma i fatti dolosi non sono coperti da verun regolamento. Un viaggiatore presentati i suoi bauli ai pesatori, e non ancora ritirata la bolletta, o dovendo passare alla sala della distribuzione dei biglietti, o per altro, venne alleviato del peso, e i bauli più non si rinvennero. L'amministrazione fu condannata a indennizzarlo (sentenza del 16 ottobre 1857, del Tribunale civile della Senna (*Gazette des Tribunaux*, 22 ottobre detto). È una applicazione dell'articolo 1630 del Codice civile.

285. *Perdita di valori.*

Accade spesso che smarriti i bagagli per colpa di un impresario di trasporti, di un vetturale o di un'amministrazione ferroviaria, il viaggiatore allega di avere perdute con essi delle somme che vi erano contenute. È d'uopo avvertire che la materia di disputare si trova quasi sempre nella mancanza di denuncia dei pretesi valori. Molte sono le apprensioni e vario il modo di giudicare simili questioni; accennerò alcune fasi della giurisprudenza francese.

Un viaggiatore, nel 1809 o 1810, reclamava da un ufficio di messaggeria un mantello ed un *paquet* nel quale diceva contenersi la somma di quattromila franchi che pure domandava per competente indennità. La Corte, allora imperiale, di Brusselles, respinse la domanda del viaggiatore per non aver fatta la denuncia di quel valore, sebbene risultasse che l'involto era stato pesato, e la tassa pagata secondo il peso. Ma i valori erano soggetti a tassa particolare in corrispettivo della maggiore responsabilità del conduttore; il viaggiatore era colpito da questo dilemma: o non denunciasti perchè in realtà non possedevi le somme; o non denunciasti per frodare gabella, non meriti protezione nè fede (sentenza del 28 aprile 1810) (1).

Ad epoca più inoltrata si manteneva in onore la stessa giurisprudenza in Francia. Una sentenza della Corte di Douai, del 17 marzo 1847 (*Journal du Palais*, 1849, tom. I, p. 362), rigettava una domanda simile di altro viaggiatore per la stessa ragione (2).

Nel 19 gennaio 1852 la giurisprudenza francese parve cangiar direzione. Una signora inglese che viaggiando per la via di ferro da Boulogne ad Amiens portava un sacco di notte abbastanza voluminoso, venne consigliata da un impiegato della ferrovia a deporlo: egli stesso ritirò il peso e la bolletta, consegnandola alla signora aspettante nel vagone. All'arrivo il sacco non si rinvenne; fu riportato la mattina appresso; parve leggiero; e pesato di nuovo, si trovò mancante in confronto della risultante della bolletta. La dama inglese sostenne di aver perduto con esso uno scrigno di diamanti del valsente di diecimila franchi; l'amministrazione si rifiutava di risarcire questo danno, trincierata nella solita ragione che non si era fatta la denuncia. Questa volta le cose non andarono seconde. La Compagnia fu condannata a pagare i diecimila franchi d'indennità (3).

Io credo vi fossero in questo affare circostanze da farne un *arrêt d'espèce*. Una signora forestiera che non aveva intenzione di separarsi dalla sua preziosa valigia, è in qualche modo sorpresa da un impiegato della ferrovia che le toglie il sacco e lo fa pesare. La signora potè benissimo non por mente all'obbligo della denuncia e credere che l'impiegato avrebbe fatto quanto si doveva. Vi era di più, che il sacco quando venne restituito, fu trovato di minor peso di quello che sulla bolletta si leggeva.

Benchè il redattore di quella sentenza venisse anche enunciando certi principii non conformi alla precedente tradizione giuridica, io vedo sempre la Corte sotto la impressione di particolari circostanze d'innegabile forza. E coll'accenno di una specialità io stimo anche giovare alla teoria temperandone l'assoluto rigore; ed è sempre bene sapere, che un principio dirige nei casi ordinari, ma non essendo *de solemnibus juris*, ma piuttosto dell'ordine

(1) Decisioni conformi (Lione, 6 marzo 1821; Montpellier, 15 luglio 1826.

(2) Sul principio trovasi concorde la dottrina degli autori (Toullier; De Louage, n° 329; Marcadé, all'articolo 1785 del Codice Napoleone; Zachariæ, *Droit civ. franc.*, tom. III, pag. 15; Vanufell, *De louage et depôt appliqué aux voituriers*; Sourdat, *De la responsabilité civile*, num. 11; Duverdy, *Du contrat de transport*, num. 57).

(3) *Journal du Palais*, 1852, tom. I, pag. 420.

Digitized by Google

logico, talvolta la sua rigida applicazione può condurre alla ingiustizia.

Pertanto, dove la stessa Corte di Parigi, nel 10 aprile 1854 (1), tornò ad insegnare che gli oggetti preziosi devono denunciarsi al banco della ferrovia, e non denunciati non possono ripetersi, nè reclamarsene il valore, secondo me fu fedele alla costante giurisprudenza che non aveva mai variato sostanzialmente (2).

286. Un'altra limitazione che però appartiene al generale della teoria è la seguente. Vi è sempre la presunzione che il viaggiatore porti con sè i danari sufficienti pel viaggio, o se gli piace intrometterli fra le biancherie o nelle rivolte degli abiti accumulati nella valigia consegnata alla stazione, non si potrebbe appuntarlo, nè pretendere il pagamento di una tassa. Abbiamo visto più decisioni, in fatto d'indennità dovuta dalle amministrazioni ferroviarie per ismarrimento di valigie consegnate, pronunciarsi in questo senso (3). Perciò reclamandosi dai viaggiatori somme non proporzionate ai bisogni del viaggio (largamente apprezzati secondo la condizione), vennero dal ragionevole arbitrio dei tribunali moderate, e l'amministrazione non fu costretta a indennizzare che quelle somme che verisimilmente il viaggiatore teneva nel baule a comodo del viaggio.

D'altra parte non s'impone al viaggiatore obbligo soverchiante; egli può impinguare il suo portafogli di quanti valori gli piacerà o potrà portare sulla persona; e niuno verrà a ricercarnelo. Egli però intende a quali pericoli si espone. Qualche volta ci è stata di mezzo la vita. L'affidarsi lealmente e apertamente alla Direzione del trasporto per lui sarà sempre una sicurezza (4): ed è allora ch'egli deve pagare, addossando tutta la responsabilità all'amministrazione.

Anche in questo numero noi parliamo dei registri obbligatorii, dovendosi anticipare il diritto di tassa sui pesi o valori che si trasportano per mezzo delle ferrovie. Negli altri trasporti, non organizzati, per così chiamarli, e non soggetti a discipline regolamentari, osservare le quali è una necessità pubblica, la prova della giusta indennità da prestarsi in caso di perdita degli oggetti realmente consegnati, rimane in dominio delle leggi comuni. Parlando dell'articolo 77, osservai che la legge ebbe aperta una comoda via allo speditore o viaggiatore di accertare preventivamente, almeno in via approssimativa, il valore mediante la indicazione nei registri del commissionario o vettore. Non curata la provvidente cautela, è chiaro che il committente o viaggiatore dovrebbe fare a se stesso la prova di valori eccedenti quell'ordinario di cui sogliamo esser provvisti in quei dati casi. Io mi passo dei mezzi di prova che appartengono al tema giudiziario che non è il mio. Fra tali mezzi è sempre l'ultimo il giuramento estimatorio (articolo 1377 del Codice civile), ma, come ogni altro, ammissibile.

---

287. *Avarie.*

Del danno, guasto, o deterioramento della merce risponde il commissionario e vetturale colle riserve poste nell'articolo. A rilevare la esistenza del deterioramento si dovrebbe risalire allo stato di consegna. Ma un inventario non si fa, nè una descrizione; ciò è fuori dell'uso. Per lo più la roba è chiusa nei forzieri, nelle casse, nelle valigie. In tutto questo resta sempre gran parte apprezzabile dai periti e dai giudici. Intanto per discorrere alcun poco dei principii o criteri, noteremo come causa ordinaria dei guasti o rotture lo *stesso trasporto*, l'addossamento dei bagagli, il movimento rapido e violento, i trabalzi e le scosse; e tutto ciò indipendentemente da colpa apparente o riconoscibile dei conduttori, da non considerarsi tuttavia nè fra i casi fortuiti, nè di forza maggiore. In questa parte il contratto ritiene dell'*assicurazione*, e quindi non dà neppur luogo all'indagine della colpa. Chi spedisce delle merci per un mezzo garantito al pubblico come abile e sufficiente allo scopo, dev'esser sicuro che dal fatto semplice del trasporto, qualunque ne sia la difficoltà, non sentirà un danno nelle cose sue; perchè in fine egli non dev'esser tratto a disputare di ciò che meglio convenga a ben regolare il trasporto medesimo, e chi ne ha l'impresa deve avere saputo

---

(1) *Journal du Palais*, 1854, tom. II, pag. 586. Aggiungi sentenza del Tribunale della Senna del 19 dicembre 1860 (*Gazette des Tribunaux*, 19 dicembre 1860).

(2) Tutto ciò che si è detto di metalli preziosi, gioie, si dice eziandio dei valori in carta che il viaggiatore preferisse di confidare alle sue valigie anzichè tenerseli indosso nel portafogli.

(3) Corte di Douai, 17 marzo 1847; d'Angers, 20 gennaio 1858; di Parigi, 30 novembre 1836, 7 maggio e 26 dicembre 1838 (DUVERDY, num. 60).

(4) La giurisprudenza adotta la stessa regola di moderazione e di buon senso rapporto agli albergatori che non si vogliono esposti ad una responsabilità, per così dire, infinita; la quale piuttosto si misura da un complesso di argomenti e di presunzioni, che solo il giudice del fatto può determinare.

prendere, come dicesi, le sue misure per vincere le difficoltà del cammino. Che se anche la difficoltà venisse a presentarsi fuori del corso ordinario degli eventi, nondimeno non si farebbe questione di forza maggiore quando il risultamento non fosse rovinoso ed esiziale, non riparabile da veruna diligenza e cura dell'uomo. Se pioggie straordinarie, per esempio, nevi smisurate sorprendessero il convoglio; o per guasti di strade e gli sbalzi delle vetture soffrissero i contenuti delle casse, non si potrebbe in questi o simili accidenti allegare la forza maggiore; ci troveremmo sempre nel giro *della difficoltà, e non della forza maggiore*, essendo prevedibile benchè non comune; e come la nave non è buona se non sa resistere alla grossa marea, così si direbbe non buona la vettura che non sa ripararsi dai disordini dell'atmosfera e dalla malagevolezza delle strade.

Siffatti pericoli minacciano principalmente le cose fragili, la cui incolumità è nondimeno garantita dal commissionario, vetturale, e sulle ferrovie; dipendendo generalmente dall'abilità della collocazione e dalla cura dei vettori.

288. Il contratto si forma, e l'obbligo del vettore comincia dall'accettazione delle casse o colli per farne il trasporto; e così diremo di mobili più o meno delicati e facili a rompersi: l'accettazione però, per essere obbligatoria in tutte le sue conseguenze, suppone la cognizione dell'obbligo che si assume, e quindi il fatto leale del consegnante che non abbia contribuito all'errore dell'altra parte.

Se le cose si veggono allo scoperto, e nonostante il vettore prende a trasportarle, la garanzia dell'incolumità è inerente e conseguente da questo solo fatto. Si deve credere che il vettore contasse sui mezzi di difesa di cui poteva disporre. In fatto di mobiglie, di specchi, di altre cose di questo genere, la conduzione della ferrovia suol esigere l'*imballaggio* regolare, ossia consueto a tali trasporti; così gli speditori (in tal caso veri commissionari) che se ne incaricano nell'interesse del proprietario. Perciò è stato scritto l'articolo 74 del R. Decreto del 1860. Il pubblico vettore si può rifiutare al trasporto: ecco il suo diritto. Se accetta, senza o con cattivo imballaggio, io credo che ne è garante.

Quando il vettore (pubblico o privato che sia) riceve oggetti fragili in continenti chiusi, dev'esserne avvertito dal consegnante o a voce o con qualche stigma sul coperchio delle casse per buona norma. S'intende che diligenza oltre l'ordinaria e tutta particolare deve dedicarsi a simili trasporti. In mancanza di tali cautele, io ritengo fermamente che l'amministrazione ferroviaria (restringendomi a parlare di questa) non sia tenuta dell'avaria quando consti ch'essa vi spese intorno la diligenza comune; quella solita ai colli o casse di oggetti non fragili, che non soffrirono verun nocumento.

Se l'amministrazione ferroviaria, il commissionario, persino il vetturale, esecutore del trasporto, vogliano mettere il proprio interesse all'ombra di un *patto di non garanzia* per la rottura e guasti delle cose fragili prodotti dal trasporto, dubbio non è poterlo fare, consenziente l'altra parte (1). Ognuno può liberarsi in forza di un patto da rischi eventuali e dalla responsabilità di fatti non procedenti da colpa propria. Che un istituto pubblico di trasporto, e quello specialmente che per grandi spazi deve considerarsi esclusivo, possa rifiutarsi dall'effettuare trasporti di cose fragili, quando siano circondate dalla difesa dell'imballaggio e nella migliore condizione, come anche è stato detto, è questo che io non posso ammettere (2). Vi è forse una merce, una cosa trasportabile che, tolto vizio proprio, non possa trasportarsi senz'andare in pezzi? Se tale vi è, io convengo; ma allora qual mercante o qual proprietario ne vorrà fare il trasporto? Io sento che nulla osta in ragione al potersi stipulare la non garanzia; ma sento ancora il pericolo a cui si espone il proprietario, ne apprezzo le conseguenze. La condotta ferroviaria che non garantisce, non bada più alla qualità eccezionale della merce, non si cura di provvederne al trasporto con quella diligenza tutta particolare che pure richiede. In simili casi gli spezzamenti e le rotture sono per così dire assicurati. È probabile, e trovo anche giusto che si debba pagare di più; ma il rifiuto del trasporto, mentre non havvi altro mezzo da sostituire se non a gran costo, mi parrebbe una facoltà contraria allo scopo dell'istituto e dannosissima al commercio (3).

---

(1) TROPLONG, *vo Louage*, num. 876; ALAUZET, *Comment.*, num. 467.

(2) ALAUZET, num. suddetto: « S'il s'agit d'objets « assez fragiles pour que le plus grand soin ne « puisse à coup sûr, en prévenir l'avarie, le voi- « turier pourrait refuser de s'en charger ». È rimarchevole con quale studio di vocaboli sia stato scritto questo brano.

(3) Si può ugualmente stipulare di non voler assumere la garanzia quando si trova difettoso l'imballaggio (DUVERDY, num. 74; Cassazione francese, 2 febbraio 1858: *Gazette des Tribunaux*, 5 detto).

Digitized by Google

289. *Vizio della cosa* intendo qualunque causa di diminuzione o deterioramento nascente senza opera esterna, dalla qualità intrinseca di essa.

(Seguito dell'articolo 78).

Egli è responsabile (il commissionario)

Dei fatti del commissionario intermedio, al quale egli indirizza le merci.

290. *Solidarietà dei commissionari; se e come abbia luogo anche fra gl'imprenditori di unico trasporto che deve effettuarsi per terra e per mare.*

291. *Limiti della responsabilità del commissionario a norma dei patti; siffatti limiti eccedendo nella esecuzione, egli risponde di tutto il fatto della commissione. Applicazione alle condotte ferroviarie.*

292. *Difficoltà di stabilire la colpa dell'avaria nei commissionari e vettori intermedi. Si additano alcuni criteri.*

293. *I commissionari subalterni si liberano dall'azione dello speditore o commissionario principale, ristaurando coi committenti rispettivi il danno di cui sono responsabili.*

294. *Azione, in quanto solidale, verso i componenti una società di commissioni. Rinvio. Solidarietà passiva di più commissionari diretti.*

---

290. Come la obbligazione dei commissionari di trasporti si estenda oltre quella dei commissionari d'altro genere, è fatto palese dall'articolo presente. Nei lunghi viaggi che fanno le merci attraversando regioni e stati diversi e lontani, si forma di necessità una catena di commissionari che comincia dal primo incaricato, e riunisce tutti gli agenti e motori intermedi sino all'ultimo che si trova a contatto del destinatario. Si è dubitato se, passando la operazione del trasporto da un commissionario di terra ad uno di mare per la prosecuzione del viaggio, il contratto venga ad assumere il carattere, rapporto a questo, di un semplice mandato: in altri termini, se in simili casi esista la solidarietà dei commissionari, Horson professa la opinione negativa (1).

Persil e Croissant la combattono col semplice argomento della lettera della legge che detta regole comuni ai *commissionari di trasporti per terra e per acqua* (2). Alauzet, nel *Commentario*, crede migliore la sentenza di Horson (nº 472), per la ragione che i principii regolatori dei trasporti marittimi si trovano fuori di questo Libro del Codice, e sono invece raccolti nel Libro II. Quindi reputa che l'epigrafe *trasporti per acqua* non voglia significare che quelli che si eseguiscono dai battellieri o barcaiuoli lungo i fiumi o laghi, e non in mare.

La questione può avere un interesse, ma, secondo me, non è quello che gli egregi scrittori parvero avere in vista. In effetto i trasporti marittimi sono governati da tutt'altre leggi; il Codice appella sempre il *mare* coll'imponente suo nome, e mai non dice, accennando al mare, *trasporto per acqua* (3). La spiegazione di Alauzet è giusta.

Resta a vedersi se altrettanto giusto sia il concludere, che il commissionario terrestre e principale non è solidale col commissionario marittimo o capitano da lui scelto e nominato per l'ulteriore e necessario trasporto.

Un commissionario di Messina ha accettata la commissione di far giungere cento casse di limoni a Pietroburgo. Egli per primo sceglie un capitano per traghettare le merci dalla Sicilia a un porto qualunque del continente italiano. Indi da commissionario a commissionario, al Tirolo, nell'Austria, Sassonia, ecc., le merci arrivano a Pietroburgo. Chi dirà che il commissionario di Messina *non sia responsabile dei fatti del capitano al quale indirizzò le*

Non credo, *a fatto compiuto*, potersi fare la prova della imperfezione e insufficienza dell'imballaggio quando la merce è stata ricevuta senza protesta. In commercio non bisogna troppo intralciare le cose e seminar liti ad ogni passo.

(1) *Question sur le Code de commerce*, quest. 34.

(2) *Comment.*, pag. 149, num. 7.

(3) Un riscontro eloquente se ne ha negli articoli 38 e 42 — *sensali di trasporti per terra e per mare*. — Codesta specie di sensali non andrebbe a tuffarsi nel mare. — Vedi anche l'articolo 87.

Digitized by Google

merci, secondo l'espressione del nostro articolo, nello stesso modo col quale dovrà rispondere degli altri commissionari da Livorno (1) a Pietroburgo? Altro è che le regole concernenti i fatti dei trasporti terrestri o fluviali siano diverse da quelle che riguardano i marittimi: ed altro è che la legge della solidarietà, che domina il commercio colla forza di un principio, non congiunga i diversi imprenditori di un trasporto unico che deve effettuarsi e per terra e per mare per giungere alla sua destinazione.

291. Il commissionario di Messina che assume la spedizione da quella città a Pietroburgo a destinatario espresso nella polizza, è invariabilmente responsabile degli agenti intermedi; nel fatto però la sua obbligazione può limitarsi in due modi: 1° se non si è caricato che di un tratto del viaggio e non più oltre, per esempio, da Messina a Vienna; 2° se lo speditore avesse indicato egli medesimo gli agenti intermedi. Rispetto al primo incaricato, il destinatario è la persona o la casa alla quale la merce dev'esser rimessa dopo il primo tratto di viaggio; e quanto a lui il viaggio è finito. Se non che nella esecuzione può eccedere i limiti segnati. Sapendo che la merce deve riposare a Pietroburgo, giusta il proposto esempio, egli la spinge oltre Vienna per mezzo di propri incaricati; ma quando si è al luogo della destinazione, si sbaglia l'indirizzo: evidentemente il commissionario di Messina è responsabile delle conseguenze.

Non altrimenti una società ferroviaria risponde dei fatti delle conduzioni intermedie, quando il viaggiatore ha pagato il suo biglietto e consegnate le sue valigie per una destinazione che non si può raggiungere senza passare attraverso a conduzioni che appartengono ad altre società ferroviarie: per esempio, da Napoli a Parigi; senza pregiudizio delle azioni del viaggiatore verso gli agenti intermedi (2).

292. Rimpetto ai commissionari e vettori intermedi il primo commissionario ha vera qualità di speditore. Responsabile e capo di tutta l'impresa, egli esercita, come lo speditore naturale (lo chiamerò così), le azioni d'indennità contro gl'intermedi. Ciò è elementare. Ma commercialmente si disputa intorno all'azione di responsabilità per quanto riguarda le avarie (3).

Niuna difficoltà, rapporto alla perdita totale o ai ritardi pregiudicievoli. Il commissionario principale in questi due casi può spiegare la sua azione con perfetta cognizione di causa. Le date delle consegne sono là per dimostrare a quale degli agenti intermedi sia da imputarsi la perdita totale o l'indebito ritardo. Quanto ai deterioramenti e avarie la cosa è meno facile. Si ritiene che l'imprenditore principale debba provare quale sia di costoro il colpevole e quello colpire (DUVERDY, *Du transport*, n° 123).

La ragione sarebbe questa. L'imprenditore principale è in diritto di verificare lo stato della merce che si contiene nei colli in presenza dello speditore. Non hanno questo diritto gl'intermedi, e perchè a tali aperture e manovre non ci sarebbe controllo, e perchè la merce da replicate manumissioni potrebbe soffrire, e perchè la rapidità dei movimenti nel corso dei viaggi non lo permette. Ad essi adunque non si può opporre (almeno quanto all'intrinseco ed a ciò che non apparisce all'esterno), voi avete ricevuta la merce in buona condizione. Questa teoria è stata nei precisi termini consacrata in molte decisioni (4).

Veramente lo stato esteriore dei colli può e dev'esser verificato nei rispettivi passaggi; ogni vettore intermedio ha i suoi libri, e ne farà memoria. Con ciò sarà più agevole, se non determinare la causa del danno, almeno riconoscere in quale periodo del viaggio sia avvenuto. Io crederei di poter additare qualche altro criterio ad argomento di responsabilità personale. Chi riceve dal precedente vettore dei colli manomessi, pesti, laceri, pregni di acqua, è impossibile che non faccia reclamo; se non altro, ne farà espresso annotamento nei suoi registri. Se non lo facesse, mancherebbe ai consigli della più volgare prudenza. Vi è dunque sempre una presunzione contro il vettore nelle cui mani il collo si trovi in sì cattivo stato apparente, senza suo precedente reclamo o dichiarazione. Così la responsabilità

(1) Ove suppongo sia per sbarcare la merce.

(2) Una sentenza della Corte di Nimes del 18 novembre 1865 stabilisce gli stessi principii (*Journal du Palais*, 1863, pag. 920).

(3) La decisione della Corte di Nimes, indicata nella nota precedente, dice che il commissionario intermedio è responsabile di *pieno diritto* verso il principale; vedi però le osservazioni seguenti. Una decisione invece della Corte di Colmar del 30 giugno 1865 (*Journal du Palais*, 1866, pag. 193) ritiene che deve esistere imputabilità personale negli intermediari, secondo la dottrina che veniamo spiegando.

(4) Cassazione francese, 18 aprile 1851, 15 aprile 1846 (*Journal du Palais*, tom. I, pag. 694), 12 agosto 1856 (ivi, 1857, pag. 595); Nimes, 19 novembre 1851 (ivi, 1853, tom. II, pag. 53); DALLOZ, *Répert.*, v° *Commission*, num. 467.

ed by Google

personale cadrebbe sull'ultimo, in quello che effettua la consegna al destinatario.

293. Il commissionario o vettore intermedio può liberarsi verso il suo commissionario diretto, indennizzandolo delle perdite avvenute per propria colpa; e allora egli è liberato altresì verso lo speditore che non conosce e col quale non ha contrattato. *A.*, *B.*, *C.* e *D.* hanno successivamente agito come commissionari di trasporto da Brindisi al Cairo. Nel tratto da Alessandria al luogo del destino, la merce essendo caduta nella laguna che attesta la inondazione del Nilo, si è consumata. *D.* sentendo il dovere di risarcire questo danno, fa i suoi conti col committente *C.*, e vi ripara. Fingiamo che *C.* faccia altrettanto con *B.*, e questi con *A.* Sono tutti liberati. Intanto *A.* fallisce, e il destinatario se ne rimane colle merci rovinate, e si rivolge allo speditore che trova nel suo commissionario immediato un fallito. Questa combinazione è grave; e in effetto le consecutive dimissioni degli agenti intermedi fanno allo speditore una condizione, che, come si vede, gli può tornare funesta. Tuttavia è la più semplice e naturale evoluzione di questo diritto complesso. Quando un rapporto generale è costituito da tanti rapporti speciali e subalterni, i quali singolarmente considerati sono sostanziali, hanno cioè la loro ragione di esistere indipendentemente dal rapporto generale e per così dire eminente, quei rapporti speciali possono venirsi eliminando coll'esaurimento legittimo delle obbligazioni rispettive. L'interesse del commercio, l'ordine sul quale questo grande e pubblico interesse si fonda, vuole così. Appartiene alla prudenza di uno speditore di eleggere un commissionario di polso: di limitarne il mandato; di mettersi poscia in relazione con altre case commissionarie per istringere rapporti immediati e contrattuali, per non vedersi svanire i responsabili che si accomodano di mano in mano coi loro committenti.

294. La legge dice che il commissionario agisce anche *sotto il nome di una ragione sociale* (articolo 68); e allora un'altra specie di solidarietà s'inaugura a favore del committente.

Noi ci troviamo senza dubbio in faccia a una società commerciale, e versiamo in fatti di commercio. A questo tema rispondiamo agevolmente con un rinvio alla solidarietà sociale, da trattarsi a suo luogo. Si può costituire una società di commissioni in qualunque delle forme divisate dal Codice. È chiaro che lo speditore avrà più o meno di espansione nelle proprie azioni; più o meno di sicurezza, secondo la natura e la forza della società alla quale si è affidato. Non si farebbe qui che ripetere le regole comuni a tutti i creditori di una società commerciale (1).

In soggetto di solidarietà si è fatto anche luogo a vedere se fra due o più commercianti commissionari, non soci; ovvero fra due o più commissionari, soci, ma non commercianti, esista solidarietà passiva.

La questione può credersi influita da principii diversi. Nel primo aspetto appartiene indubbiamente al gius commerciale al quale spetta di definire la posizione dei due commercianti rispetto al committente. Nel secondo, rappellando il gius civile, si risponderebbe negativamente per l'art. 1726 di quel Codice. Il vero si è che in commercio prevale l'insegnamento della Leg. 2 Dig. de duobus reis deb. (2). Una commissione assunta in comune è già una società rispetto all'obbligo solidale verso il committente; i non commercianti diventano commercianti, in questa circostanza almeno, facendo atto di commercio.

Articolo 79.

La merce, uscita dal magazzino di colui che vende o di colui che spedisce, è trasportata, se non vi è patto contrario, a rischio e pericolo di quello a cui essa appartiene, salvo il regresso contro il commissionario ed il vetturale incaricati del trasporto.

295. *Avvertenze intorno a questo articolo.*
a) *Pertinenza della merce.*
b) *Limitazione ipotetica in quanto la vendita sia o no perfetta.*

---

(1) Delamarre e Poitvin (*Contr. de commiss.*, t. III, num. 29, 30 sino al 38) esaminano anche la posizione dello speditore di fronte ad una società *in partecipazione*. Questo esame lo debbo pure rinviare alla materia sociale.

(2) « Cum duo eandem pecuniam aut promiserunt aut stipulati sunt (solidarietà attiva e passiva) ipso jure et singulis *in solidum debetur*; ideoque petitione et acceptilatione unius tota solvitur obligatio ».

Digitized by Google

c) *Se il venditore sceglie ad arbitro un commissionario contro la volontà del compratore.*
d) *Se il pericolo possa esistere a carico del compratore anche prima della uscita della merce dal magazzino.*
e) *Se uscita la merce dal magazzino, vi sia un intervallo prima dell'effettiva consegna al commissionario di trasporto.*
f) *Dello speditore.*

---

295. a) *Quello a cui la merce appartiene.* Il contratto presupposto del nostro articolo *è la vendita* (1). Colui adunque al quale la merce appartiene sarà il compratore. La redazione (2) è rimasta entro una locuzione lata per comprendervi altri che non sarà il compratore, o non il compratore immediato. È frequente che un commerciante, appena fatto un acquisto, ne faccia girata a un secondo, e questi a un terzo. La compra può essere stata fatta al commissionario in nome proprio, ma in sostanza il vero compratore essere un terzo. Insomma alla legge premeva di stabilire che il venditore è liberato dal *periculum rei* dal momento indicato; dichiarare l'appartenenza, ossia su chi in effetto venisse a ricadere il pericolo, non era questo il suo oggetto, nè qui era il luogo.

b) *Chi vende.* Non vi sarebbero forse delle limitazioni a questa regola?

Supponiamo una vendita che per lo diritto civile non sarebbe perfetta quanto al trasferire il pericolo nel venditore (articolo 1450 del Codice civile). Pietro che abita a Macerata ha comprato da Paolo che sta in Asti di quei cari vini che produce il Piemonte, a misura però e a un dato prezzo per carro; ma la misura non è mai stata fatta, nè l'assaggio; e il corpo venduto non è mai stato identificato. Conoscendo Paolo che il suo corrispondente desidera di ricevere prontamente quei vini, li spedisce per mezzo di un vetturale a commissionario; la vettura è rovesciata da un uragano, s'infrange, e il vino si disperde. A chi perisce?

È palese che una tale questione dipende dal conoscere se la vendita sia perfetta; e non abbia ad imputarsi quella spedizione all'imprudenza di Paolo che si affrettò prima di aver regolarizzato il contratto. Nel diritto civile sarebbe questione decisa contro di lui; ma forse dagli stessi principii sono rette le vendite commerciali?

Ecco una questione che trattata a questo luogo avrebbe una portata eccedente, e costringerebbe a prendere una anticipazione troppo larga sul commento della vendita (Titolo VI). A quello adunque convien rimettere il nostro esame (3).

c) Pietro compratore aveva indicato per quale commissionario di Torino desiderava gli fosse spedita la merce. Il venditore ne scelse un altro. Le cose andarono a rovina, come finge l'esempio. Il danno sarà rimasto a Paolo venditore, che arbitrò nella scelta del commissionario o vetturale?

No, convien rispondere. Primieramente la questione non è quella dell'articolo 79. In questo caso Paolo è da considerarsi nella situazione di quello speditore che non adempie alla volontà del committente, scegliendo a sua posta il commissionario; e la conseguenza si è, che deve risponder del fatto di lui. Ma data la *vis major cui resisti non potest*, dal caso in fuori che il vetturale non siasi esposto colla maggiore temerità al pericolo (poichè allora dovrebbe presumersi che l'altro vetturale eletto da Pietro sarebbe stato più prudente), conviene concludere che la perdita era inevitabile, e il malanno cade sul compratore.

d) *La merce uscita dal magazzino.* Allora comincia il pericolo a carico del compratore, secondo il nostro articolo. Ma non potrebbe esser cominciata anche prima se la vendita era perfetta, e il venditore, senz'essere in mora, riteneva la merce a disposizione di esso compratore?

Risposta. — La nostra legge suppone che quello sia il momento della consegna, e non si fosse effettuata già prima. Essa non ha voluto pregiudicare colla sua disposizione i diritti che si fossero già acquisiti. Invece ha vo-

---

(1) Per causa del trasferimento del dominio.

(2) Che ha il merito di esser antica (articolo 100 del Codice di commercio francese.

(3) Appena è luogo a dirlo, e basterà toccarne in questa nota che si avesse dolo e mala fede del venditore, nè ci sarebbe valido impegno, nè potrebbe colui invocare la disposizione dell'art. 79.

È positivo egualmente che ove si trattasse di contratto non abile a trasferire il dominio, l'articolo non avrebbe applicazione.

Digitized by Google

luto mettere in chiaro un dubbio, che fu gravissimo in altri tempi (ho già detto ch'ella è una legge vecchia): a chi spettasse il pericolo della merce viaggiante; al venditore o speditore che non l'aveva più, ovveramente al compratore al quale non era ancora pervenuta.

e) La suddetta frase (1) vuole intendersi materialmente e come suona; oppure significa la consegna effettiva eseguita al rappresentante del compratore, qual ch'egli sia?

Se il gioielliere *B.* di Torino che ha venduto un gruppo di diamanti e di perle a *C.*, gioielliere di Ferrara, leva lo scrigno dal suo negozio e lo invia pei suoi uomini alla stazione, ove sarà regolarmente consegnato per lo trasporto, e prima di arrivarvi, lo scrigno è rapito a forza dai ladri, secondo la lettera del nostro articolo il pericolo è dell'amico di Ferrara; tuttavia, in questa ipotesi, l'applicazione non sarebbe giusta. Imperocchè la legge suppone che, uscendo la merce dai magazzini del venditore, sia consegnata al commissionario, al vetturale incaricato del trasporto (2): allora è che si effettua realmente la consegna, e il venditore si spoglia del gravante possesso, e così si libera dal pericolo. Se il venditore delle gioie avesse avuta l'accortezza di chiamare al suo negozio il commissionario ed ivi fargli la consegna, niun dubbio che il pericolo, non solo in un punto qualunque del viaggio, ma da quel punto medesimo, sariasi trasferito nello speditore o compratore. Senza di ciò, e prima della consegna, il venditore trovasi ancora detentore della merce, e quindi esposto al pericolo, sebbene quella fosse *già uscita dal proprio magazzino* (3). Questo schiarimento mi parve necessario.

f) La posizione dello *speditore* è considerata identica a quella del venditore. Lo speditore può essere lo stesso venditore, e si è veduto nelle premesse ipotesi. Può anche non essere il venditore. Quantunque i rapporti sostanziali di diritto siano allora diversi, la legge è inspirata dalla stessa ragione di decidere nell'uno e nell'altro caso. Lo scopo è sempre quello di stabilire che come la merce è messa in viaggio, il mittente è affrancato del pericolo che si trasporta *de jure* nell'emissario, ben intesi qualora ve ne sia uno, mentrechè se il signor *A.* spedisce merci da Genova a Roma per una speculazione sua propria, senza un destinatario contrattuale, a un commissionario di quella città per tentare delle vendite a proprio profitto, il possesso e il pericolo rimane costantemente in lui.

Articolo 80.

La lettera di vettura fa prova del contratto tra colui che spedisce ed il vetturale, o tra colui che spedisce, il commissionario ed il vetturale.

Articolo 81.

La lettera di vettura deve avere la data.

Essa enuncia

La natura e il peso o la misura delle merci da trasportare;

Il termine entro cui il trasporto deve essere eseguito;

Il nome, cognome e la residenza del commissionario, qualora vi sia, per la cui interposizione si opera il trasporto;

Il nome, cognome e la residenza di colui al quale la merce è indirizzata: però la lettera di vettura può essere all'ordine o al portatore;

Il nome, cognome e la residenza del vetturale;

Il prezzo del trasporto;

L'indennità dovuta per cagione di ritardo.

La lettera di vettura è sottoscritta da chi spedisce o dal commissionario;

---

(1) *Uscita dal magazzino.*

(2) Ancorchè il commissionario o vetturale sia eletto dallo stesso venditore, la cui fede, secondo le dottrine, è seguita in tali casi dal compratore medesimo.

(3) Il venditore detiene ancora la merce mediante propri uomini come se l'avesse ancora nel maggazzino.

Digitized by Google

porta in margine le marche e i numeri delle merci da trasportare; è copiata dal commissionario sopra un registro numerato e firmato, di seguito e senza alcun spazio in bianco.

296. *La lettera di vettura non è prova unica e necessaria dei contratti di trasporto: ha però una efficacia superiore agli altri mezzi di prova.*

297. *La lettera di vettura non dà luogo a questioni di nullità in ordine al suo aspetto estrinseco; ma in quanto presenti sufficienza di prova.*

Motivi del legislatore nel dettare la formola descritta nell'articolo 81.

298. *La lettera di vettura* all'ordine o al portatore *è girabile a tutti gli effetti commerciali; non la nominativa.*

299. *Onde la lettera di vettura sia negoziabile dev'essere perfetta nella sua forma. Ma vi hanno alcune espressioni che non si ritengono sacramentali e necessarie.*

300. *Della forma della girata.*

---

296. Nella *lettera di vettura* la legge insegna una formola eccellente; la miglior formola possibile del contratto di trasporto: nulla ha di superfluo, e nulla manca del necessario. Non solamente la legge porge nella lettera di vettura una formola perfetta, ma la propone eziandio come un documento avente carattere commerciale, che, ove si trovi conforme al modello, può fare la funzione di qualunque altra carta circolante e rendere i più grandi servigi al commercio.

Ma la lettera di vettura *è prova del contratto di trasporto:* non è lo stesso contratto. Io mi fermo volontieri nell'additare le buone cose che si sono potute introdurre nel novello Codice. Eccone una.

Si fu soliti dire fin qui che *la lettera di vettura forma un contratto*, ecc. (1): e la espressione venne giustamente censurata. Il nostro articolo ha colto la vera formola dicendo — *la lettera di vettura fa prova*..... Non è però la prova necessaria, la prova unica (2). Su questo bisogna riflettere un momento. Vi hanno, anche commercialmente parlando, contratti che esigono una prova caratteristica e propria (articolo 93). Non siamo nel caso. Quindi ogni prova si ammette, anche la testimoniale, senza calcolo di somma.

La lettera di vettura ci darà la più desiderabile attestazione dello stato materiale delle cose trasportabili; e quando non vi sia notato alcun che d'inormale o difettoso, la prova della buona condizione degli effetti, all'atto della consegna, è stabilita. La buona condizione all'atto della consegna (base delle indennità eventuali, conseguenti dal trasporto) è pure presunta dall'accettazione e dal fatto del trasporto, come si avvertì altrove.

Ma se la lettera di vettura non è la sola, essa però ha una evidente superiorità rispetto ad altre prove relative allo stesso oggetto. Come istrumento di credito, la lettera di vettura non divide la sua virtù con altre forme convenzionali di questo genere; indi ritrae il carattere di prova di prim'ordine. Essa respinge la testimoniale (3); eccettuato il caso di dolo e frode.

297. Il contratto di trasporto non è attaccato alla lettera di vettura, non ne dipende come da condizione essenziale. Quindi non si farà mai una questione di nullità di una lettera di vettura (4); solo si disputerà con cri-

---

(1) Così nell'articolo 109 del cessato Codice di commercio albertino e in altri Codici; così nell'articolo 101 del francese.

(2) « Il n'est point nécessaire qu'il intervienne « un acte par écrit entre l'expéditeur et le com« missionaire pour constater les remises des effets « et marchandises destinées à être transportées ». (Corte di Metz, 17 giugno 1819), PARDESSUS, *Droit commerc.*, num. 540. Aggiungi Nimes, 11 agosto 1831; Cassazione francese, 3 agosto 1833 (SIREY, tom. XXXV, part. I, pag. 817.

(3) Art. 1341 del Codice civile; BONNIER, *Traité de preuves*, num. 63; BRAVARD-VEYRIÈRES, *Manuel de droit commercial*, 4a edizione, pag. 473; DUVERDY, no 14; DALLOZ, vo *Commissionaire*, no 517; PARDESSUS, no 539; PERSIL e CROISSANT, no 2, p. 136.

(4) Se fosse mestieri d'autorità in cosa tanto evidente, si può vedere in LOCRÉ, t. XVII, p. 239, 240, il processo verbale del 20 gennaio 1807 e la risoluzione del Consiglio di Stato di quell'epoca. Io non ho mai compreso come l'articolo 102 del Codice di commercio francese potesse lasciare dei dubbi, se non fosse per la improprietà di quella locuzione dell'articolo precedente: La lettre de voiture *forme un contrat*.....

Digitized by Google

terio di fatto quanto abbia o non abbia valore di prova; imperocchè la potenza della sua efficacia consiste nella integrità della formola, e quanto meno sarà perfetta e si scosterà dal modello legale (tornerò a chiamarlo così), aprirà il varco alle opposizioni, e richiederà il soccorso di altre prove. Come esemplare, vi troviamo tutto quello che concerne non *la sostanza*, ma *la natura* di un contratto di trasporto, che vi ha relazione, che può esser oggetto di esame, di ricerche e di controversie. Ciò che vi ha di sostanziale in un contratto di trasporto è questo soltanto: uno speditore, una merce o altra cosa mobile da trasportare a certa distanza (1), una persona che assuma di fare il trasporto. Se il prezzo non fu determinato, anzi neppure se ne parlò; se della qualità, della misura, del peso non si fece menzione, nè da scritto veruno risulti, e via discorrendo, il contratto di trasporto esiste nondimanco, e si può chieder il prezzo; e in caso di perdita o smarrimento provare la qualità e il valore degli oggetti consegnati per le debite indennità.

Ma a che dunque il legislatore ha dettate con cura minuziosa e severa codeste norme, ed ha usate parole imperative: *la lettera di vettura* DEVE *avere la data; essa* ENUNCIA, ecc.? È SOTTOSCRITTA, ecc.? Gli alti e possenti motivi del legislatore sono quelli che veniamo a indicare.

Si doveva stabilire per quale documento si avrebbe la prova (chiamiamola così) sovrana, non solamente del contratto, ma di tutte le sue condizioni, di maniera che di niun altro sussidio o supplemento, o integrazione fosse mestieri: di una prova che colla sua perfezione esteriore s'imponesse ai magistrati che non avrebbero potuto ricusarvi fede ed osservanza.

Su questo terreno legale non potevano pullulare i dubbi e le incertezze, sempre perniciose al commercio, e si veniva con ciò a soddisfare uno dei grandi suoi bisogni. Chiunque può ravvisare in questa formola ciò che richiede la esattezza e il buon ordine di un contratto di trasporto. Gli speditori hanno il maggiore interesse di ritirare dagli imprenditori e vetturali la lettera di vettura nella forma designata: essi ne hanno il diritto, e l'uso generale del commercio vi presta la sua sanzione continua (2). Coperto della lettera di vettura, l'esecutore del trasporto ha una posizione legale rispetto ai suoi committenti o cointeressati.

Ecco una delle cause per cui la formola è necessaria. Ce n'è un'altra: *la girabilità* della lettera di vettura; la sua attitudine di circolare *all'ordine o al portatore*, che oggidì è consacrata dalla parola del legislatore, ha la sua efficienza nella precisione dell'atto al quale tale virtù si attribuisce: non si può restare incerti sui caratteri estrinseci di questo atto.

Ed è qui che diviene importante il conoscere i sostanziali della lettera di vettura; non in quanto siano un contratto, ma in quanto presentino gli estremi necessari a costituire l'atto girabile, l'effetto propriamente commerciale.

298. Svolgeremo questo pensiero più sotto (nº 299). Ora bisogna solvere un dubbio. Le opinioni dei commercialisti andavano divise sul punto della girabilità di una lettera di vettura non stilata *all'ordine:* molti credevano che essa non ritraesse punto il suo carattere di effetto commerciale da questa forma. La loro dimostrazione stava nella usanza del commercio, assicurata da uomini i più competenti. Agli altri quest'uso pareva illegittimo e discorde dai principii del diritto commerciale. La Corte di cassazione di Francia aveva detto molto chiaramente nella sua sentenza del 12 gennaio 1847 (*Journal du Palais*, tom. 1, p. 134) « que les lettres de voiture ou connaissements « ne peuvent être négociés par voie d'endosse- « ment *que lors qu'ils sont à l'ordre* » (3). Oltre l'indole speciale degli effetti negoziabili, misurata alla stregua del Codice, razionalmente si diceva che, essendo la carta *nominativa*, attribuiva allo speditore o commissionario qualunque il diritto di non trattare e di non aver a fare che con un destinatario conosciuto. In verità l'uso si mantenne, e quasi

(1) E non nello stesso borgo o città da una casa all'altra, come si traslocano le mobiglie per cambiare alloggio.

(2) Poteva forse aspettarsi dal nuovo Codice di commercio qualche direzione autorevole su questo punto, in verità non contestato, ma che rimane tuttavia abbandonato alle consuetudini; e alcuno troverà che i regolamenti sparsi, e non sempre uniformi, ad uso specialmente delle ferrovie, talvolta contenenti limitazioni, non suppliscono a sufficienza al perpetuo silenzio dei Codici.

È nell'uso, attestato anche per la Francia dal principe dei compilatori (DALLOZ, *Répert.*, vº *Comm. de transp.*, num. 318 e seg.) la doppia lettera di vettura. La *buona lettera*, come la chiamano, è quella che si rilascia allo speditore che la rimette al destinatario. La lettera *falsa*, o *brutta* o *cattiva*, la copia insomma, è ritenuta dal vetturale per di lui norma.

(3) Di questo avviso è TROPLONG, vº *Du gage*, num. 341. — Vedi MASSÉ, *Droit commerc.*, tom. VI, num. 512.

Digitized by Google

dirci non si accorse delle sottili opposizioni dei giuristi (1); ma i commercianti che se ne intendevano di più, solevano formolare la lettera *all'ordine*.

Anche sotto il nuovo Codice, il dubbio può rinnovarsi. *La lettera di vettura può essere all'ordine o al portatore*, si esprime il nostro articolo. Che se vuolsi chiedere schiarimento alla Relazione ministeriale, essa vi risponde accennando al servigio che si è reso al commercio col nuovo stile della lettera di vettura *all'ordine o al portatore*, e finisce coll'osservare « che col divenir quella girabile, rendesi « più circolante il valore delle merci, e por« gesi al credito un mezzo novello di diffon« dere i suoi salutari influssi sulla economia « della società ». Pare adunque essere stata credenza del legislatore che la polizza *nominativa non fosse girabile*, e facesse d'uopo stabilire con placito legislativo che si potrebbe creare una polizza di vettura girabile apponendovi lo stigma della circolazione *all'ordine*. Vi è pertanto il più forte motivo a ritenere che, a termini della nostra legislazione, una polizza nominativa non sia girabile, a quegli effetti, s'intende, che vengono attribuiti alla girata dalle leggi commerciali. Se lo fosse, la riforma non avrebbe un grande interesse, nè il legislatore avrebbe calcato sulla idea di recare con ciò un beneficio al nuovo commercio (2).

299. Riassumo il discorso che ho lasciato interrotto al terminare del n° 297.

Sotto l'aspetto di una carta circolante e negoziabile era indispensabile esprimere i caratteri estrinseci e riconoscibili della lettera di vettura. In un periodo dell'articolo 81 si è detto che può essere nominativa o al portatore: gli effetti saranno diversi; ma è necessario che sia o l'uno o l'altro. Qui non si tratta di conoscere se la carta contenga i sostanziali di un contratto di trasporto, salvo poi di dimostrare con altri mezzi di prova tutte le parti accessorie e secondarie che dalla carta stessa non risultano (3). No: il documento dev'essere perfetto nella legale sua forma onde possa negoziarsi a far passaggio di mano in mano colla celerità di un telegrafo, e investire immediatamente il giratario di tutti i diritti del girante.

Ma perchè sia legalmente perfetta e negoziabile, la lettera di vettura deve forse contenere tutte e singole le parti che veggonsi enunciate nell'articolo 81?

E qui si risponde di no. E ciò perchè non sempre la convenzione delle parti si è estesa a tutti i particolari che nella sua ampiezza la formola accenna. Non si è convenuto per esempio che il trasporto abbia ad eseguirsi in un dato termine; allora si ritiene il termine ordinario. O non si è convenuto intorno alla indennità *dovuta in caso di ritardo*. Avrà luogo la indennità di ragione.

Fra i sostanziali della forma vi ha certamente il nome e cognome delle parti; *la residenza* è una indicazione utile, non però necessaria in guisa da render l'atto meno abile al movimento commerciale.

300. Connessa alla presente è un'altra ricerca: quella *della forma della girata*.

Si vuole una girata regolare: ciò è giusto. Ma qual è la girata regolare? Si esige forse la indicazione del *valore somministrato?* Ecco una questione agitata con molta vivacità.

Il motivo di dubitare sta in ciò, se trattisi con tale girata di *trasferire una proprietà*. Noi abbiamo dovuto assumere questo tema al n° 267 in relazione ai diritti del commissionario (articolo 73), e abbiamo sostenuto che la polizza di carico diretta al commissionario non inchiude che un mandato, ed è assurda la pretesa del *valor fornito*.

Potrebbe domandarsi se trattandosi di una lettera di vettura indirizzata a un destinatario, che può anche essere il proprietario della merce, la cosa non sia diversa.

Intanto per l'uno e per l'altro caso vi ha un argomento d'insuperabile forza, ed è questo. La lettera di vettura non ha fra i suoi enunciati quello del *valore somministrato*, come una lettera di cambio (4). Come adunque la enunciazione sarebbe necessaria nella girata che non *fa che trasferire i diritti nascenti da quel contratto* in altra persona? Se il commissionario o destinatario non ebber bisogno di fornire il valore per essere investito di quel diritto, perchè non si potrà nello stesso modo altri investire del proprio diritto?

Il DUVERDY acutamente osserva che « si

(1) Gli scrittori più moderni lo difesero anche in ragione giuridica (LEHIR, *Mémoire de commerce*, t. II, pag. 19; DUVERDY, *De transport.*, num. 19; DELAMARRE e POITVIN, *De la commiss.*, tom. VI, num. 96.

(2) Veramente il Codice ha voluto consacrar l'uso della lettera *al portatore*, che era già in corso: nel fatto pratico non ha innovato; ma la prevalenza commerciale di tale recapito sarebbe la dimostrazione che la polizza nominativa non è girabile.

(3) E prego di rammentare la mia distinzione riportandomi a ciò che ne ho detto al num. 297.

(4) DELAMARRE e POITVIN chiamano la girata della lettera di cambio *endos-trasport*; quella della polizza di carico o lettera di vettura *endos-mandat*.

tratti di un commissionario o di un destinatario, la girata di una lettera di vettura non rappresenta mai un trasferimento di proprietà. È vero che un destinatario, proprietario, non trasferisce ad altri il mandato ch'egli non ha, agendo nel proprio interesse; ma colla girata può crearlo. Egli ha bisogno di danaro; cede a Tizio commissionario la lettera di vettura, e Tizio gli presta diecimila franchi. *Il donne un mandat*, dice DUVERDY, *au commissionaire prêteur* (n° 21); e la merce gli vale di pegno. In questo proposito io ho fatte altre osservazioni all'indicato numero 267, che tornano opportune.

In sostanza il contratto, che è la base, il sostrato, l'antecedente necessario della lettera di vettura, e la lettera di vettura, sono cose diverse. Tizio di Padova ha spedito delle merci a Caio commerciante di Brescia, come a commissionario; la corrispondenza che hanno avuto fra loro stabilisce il contratto. La lettera di vettura non è che l'atto d'esecuzione; la conseguenza del contratto stabilito. Cornelio, che abita a Pavia, al quale devono essere spedite delle merci (destinatario e proprietario) da Ancona, si è inteso con Scipione, commerciante di Rimini, di venderle a lui: hanno già fatto il loro contratto. Cornelio, per darvi effetto, gira a lui la lettera di vettura. Ciò basta. I modi della contrattazione risultano da altri atti. Scipione, a causa d'esempio, se n'è accreditato in conto corrente. Infine la lettera di vettura *non è che un istrumento di trasporto;* la girata rende il giratario possessore legittimo e disponitore della merce; ma con quei diritti e facoltà che non possono risultare dalla lettera di vettura, e sono e si dimostrano fuori di essa.

CAPO III.

DEL VETTURALE

Articolo 82.

Il vetturale risponde della perdita e delle avarie delle cose che trasporta, quando non dipendano da vizio di queste, da caso fortuito o da forza maggiore.

Articolo 83.

Se per effetto di forza maggiore il trasporto non è eseguito nel termine convenuto, non vi è luogo a indennità contro il vetturale per causa di ritardo.

301. *Rinvio.*

301. L'argomento di questi due articoli è stato sufficientemente trattato al n° 279, indi al 283, e nei seguenti sino al 289, ove pure sono state messe in rilievo alcune differenze fra la posizione di commissionario e vetturale. Non crediamo dover altro aggiungere.

Articolo 84.

Il ricevimento degli oggetti trasportati e il pagamento del prezzo di trasporto estinguono ogni azione contro il vetturale.

Articolo 85.

Nel caso di rifiuto o controversia per il ricevimento degli oggetti trasportati, il loro stato è verificato e comprovato da periti nominati dal presidente del Tribunale di commercio o dal pretore, con decreto posto in fine del ricorso.

Digitized by Google

Il presidente o il pretore può ordinare il deposito o sequestro degli oggetti, e la loro custodia in un magazzino di pubblico deposito.

Può altresì ordinarne la vendita in favore del vetturale sino a concorrenza del prezzo di trasporto, dei dritti pagati nel viaggio e delle spese necessarie per la conservazione degli oggetti trasportati, legalmente provate.

302. *Le condizioni dell'articolo 84 sono copulative; il pagamento dev'esser posteriore alla consegna.*

303. *L'articolo 84 non ricopre la frode. — Diritto del destinatario di verificare l'interno dei colli. Ostacoli all'esercizio di questo diritto che s'incontrano per la forza delle cose nelle condotte ferroviarie.*

304. *Modi di pagamento del prezzo di trasporto. Diverse posizioni giuridiche ne risultano.*

304 bis. *Di alcuni criteri a stabilire la frode e la responsabilità che ne deriva.*

305. *Esame dell'articolo 85. Facoltà provvidenziali attribuite al magistrato.*

306. *Privilegio del vetturale messo in aperto da quell'articolo. Del possesso spirituale, ossia ritenuto coll'animo, benchè il vetturale siasi separato dalla cosa; perdendo il possesso, non gli rimane se e come, che un privilegio dell'ordine civile.*

307. *Competenza e procedura.*

308. *Continuazione.*

309. *Continuazione.*

---

302. Sono condizioni copulative e inseparabili quelle dichiarate nell'articolo 84. Il ricevimento degli oggetti senza il pagamento del prezzo di trasporto non estingue l'azione (1). E il pagamento dev'essere *posteriore* alla consegna come prova della buona condizione delle cose consegnate; ed è chiaro che il pagamento fatto in anticipo non avrebbe un tale significato (2); nè importerebbe la rinuncia all'azione del danno.

303. Ma sorge un'eccezione formidabile che riduce questa regola a termini assai ristretti. L'inganno e la frode.

Intanto si cominci dal dire che il destinatario, generalmente parlando, ha il diritto di verificare lo stato interno dei colli o pacchi, sebbene niuna alterazione apparisca all'esterno. E in vero niuno potrà assicurare che la cassa, o l'involto, o il collo non abbia potuto essere aperto, manomesso, e richiuso. Il vetturale non può opporsi alla verificazione adducendo di averli ricevuti dallo speditore in quella condizione esteriore, colle stesse note, marche, numeri e peso; nè dover rispondere del contenuto ch'egli a sua volta non ha verificato.

Ciò si vuole applicabile eziandio pei trasporti delle ferrovie (Cassazione francese, 9 giugno 1857, *Journal du Palais*, 1858, pag. 885).

Si rammenta una specie decisa dal Tribunale di commercio di Bordeaux, del 30 novembre 1858 (3). Un commerciante destinatario di gruppi di danaro trasportati per la ferrovia, si propose di aprirli per contare le somme; e trovò opposizione. Vi fu contrasto, lite, passò il tempo. Quei danari dovevano servire a soddisfare delle tratte dello speditore in scadenza; il danno era gravissimo, e la società ferroviaria che si era ingiustamente opposta alla verificazione dei gruppi fu condannata a

---

(1) DUVERDY, nº 93, Corte di Bordeaux, 5 luglio 1859, ove questa massima è ampiamente esposta.

(2) Cassazione francese, 2 agosto 1812 (*Journal du Palais*, pag. 591), 26 febbraio 1835 (ivi, 1837, p. 761); Parigi, 27 agosto 1847 (*Journal du Palais*, t. II, p. 167); Cassazione francese, 26 aprile 1850 (ivi, pag. 910). Aggiungi della Cassazione francese, le decisioni 16 marzo 1859, 5 aprile 1821, e altre se ne potrebbero citare.

(3) Senza dare una grande importanza a quella decisione, dico però che dai Tribunali di commercio abbiamo le più belle iniziative della giurisprudenza commerciale. Uomini speciali, i giudici di commercio, usi a svolgerne le intime ragioni nella pratica costante, con quell'acume che sempre più si affina nell'esercizio della professione, hanno quella specie d'intuito, che non è la formola giuridica, ma vi porge il concetto, e difficilmente si raggiunge dai più dotti giuristi. Eppure corrono oggidì dei progetti che minacciano di darvi il bando! Malgrado il proposito mio di non varcare i limiti del soggetto scientifico a cui sono dedicato, non posso tenermi dal deplorare questa idea, e dallo esprimere la mia speranza di vederla cadere sotto il peso della pubblica disapprovazione.

Digitized by Google

rifonderli. Posto il diritto, la conseguenza era logica.

Se non che quello che diciamo diritto di verificare l'interno dei gruppi o colli prima di pagare il prezzo del trasporto, è dell'ordine cautatorio: non è che lo esperimento della loro integrità. Su mille appena sarà che una volta si discopra occultata nello interno di un collo la frode, quando, alle sue apparenze esteriori, si trova nelle condizioni più rassicuranti e la sua mostra è irreprensibile. È una facoltà utile e meritevole di esser protetta dalla legge. Talvolta simili facoltà che tendono alla garanzia dell'interesse privato sono costrette a piegare dinanzi un interesse superiore e generale. Vi hanno regolamenti che esigono i pagamenti anticipati dei prezzi di trasporto sulle ferrovie per un riflesso d'ordine e di regolarità amministrativa; e anche non pagandosi che dopo il trasporto, l'amministrazione suole non rilasciare gli oggetti se non verso il pagamento. Vorrà alcuno immaginare che i destinatari accorrenti a centinaia possano farsi ad aprir casse, bauli, balle di mercanzie alla stazione, mentre arrivano i convogli, per verificarne lo stato interno e le quantità contenute prima di ritirarli colla presenza e controllo degl'impiegati, altrimenti la visitazione sarebbe inutile? Ciò tocca all'interesse generale, mentre tutto il movimento delle ferrovie sarebbe in gran parte arrestato per sì sterminato ingombro e perdita di tempo.

Ma intanto c'entra per qualche cosa l'articolo 84? La teoria ha stabilito che il pagamento del prezzo di trasporto estingue l'azione quando *è posteriore alla consegna*; quando il destinatario trascurò le cautele che poteva usare; infine quando il pagamento è volontario. Qui si agisce sotto il meccanismo dei regolamenti o sotto la pressione della necessità e del non poter far altrimenti. Qualche tribunale ha detto che cotali esigenze delle conduzioni ferroviarie sono *abusive* (1); abusive o no, egli è certo ch'esse tenderebbero a privarci dei vantaggi di quella legge, e non è con questo metodo che si può rispondere ai reclamanti; voi avete approvato, e la vostr'azione è estinta. « Pour obtenir le bénéfice dudit « article, il est indispensable que les dites en« treprises fournissent aux destinataires des « objets transportés toutes le facilités néces« saires pour rendre possible et utile, s'ils ju« gent à propos de la faire, la vérification tant « extérieure qu'intérieure des colles avant la « réception, *cette faculté de vérification étant « la seule base de la présumption établie par « le dit article*, que la marchandise est arri« vée en bon état lorsque aucune réclamation « n'est faite avant la réception et le paye« ment du prix de transport (2).

304. Distinguiamo le diverse posizioni. Se il pagamento del prezzo di trasporto è fatto senza l'anteriore o contemporaneo ricevimento degli oggetti, è perfettamente chiaro che tutti i diritti del destinatario sono riservati. Ciò avviene quando il pagamento si anticipa e si fa dallo speditore all'atto di consegnare le merci pel trasporto.

Se il pagamento si eseguisce dopo il trasporto ma senza poter aprire e verificare il contenuto, siccome nell'esempio assai comune testè addotto, può farsi una suddistinzione. O le merci sono ricevute e ritirate dallo stesso destinatario o da suo rappresentante alla stazione; ovvero sono trasportate a domicilio ed ivi lasciate. Nel primo caso il ritiro delle merci induce la presunzione *del buono stato estrinseco dei colli* (3); presunzione che non avria luogo nel secondo se non dopo un qualche notevole ritardo frapposto al reclamo.

Con tutto questo la responsabilità del vettore non cessa; *non è estinta ogni azione contro il vetturale*, giusta la espressione della legge. Come si disse di sopra: l'*actio ex delicto* rimane, perchè s'ignora e non ci si permette di verificarlo; o anche perchè abbiamo fede: fede non imprudente in chi aveva tutto l'aspetto di meritarla, e che per altro ci fu retribuita col tradimento (4).

Si è osservato che l'apparenza estrinseca

(1) « Attendu que la compagnie défenderesse « oblige *abusivement* le public à payer le prix de « transport avant l'enlèvement de la marchandise » (Tribunale di commercio di Avignone, 18 maggio 1855, *Journal du Palais*, 1856, t. II, pag. 604).

(2) Così la Cassazione francese nel 3 febbraio 1856, rigettando la domanda di annullamento della sentenza sopra indicata del 18 maggio 1855 (Duverdy, num. 101).

(3) Poichè si ha tutto il diritto di non ricever colli visibilmente guasti, alterati, scomposti.

(4) Nella decisione 22 marzo 1863 della Cassazione francese si disse che il ricevimento degli oggetti trasportati e il pagamento del nolo non estinguono l'azione *se il destinatario ignorò la condizione del trasporto* (*Journal du Palais*, anno 1863, pag. 1182). Aggiungi l'altra della stessa Corte suprema del 25 marzo 1865.

Una sentenza della Corte di Lione del 30 giugno 1864 (*Journal du Palais*, pag. 353) dichiarò che una società ferroviaria non può rifiutare al destinatario la verificazione di un gruppo di danaro,

Digitized by Google

non basta a ricoprire l'interna magagna, il lavoro intrinseco della frode. In presenza di un principio così semplice possono nonostante sollevarsi delle difficoltà in pratica.

Se la facoltà della verificazione fosse sempre attuabile al momento della consegna, la prima difficoltà sarebbe tolta di mezzo quasi del tutto. Se al destinatario fosse dato aprire i colli alla stazione, potrebbe rilevare ben tosto che una cassa che doveva contenere finissime tele, non ha nel seno che degli stracci contemperati e disposti da falsificatori industri in guisa da equilibrare il peso delle tele mancanti, sicchè all'esterno nulla è cangiato, nè si ha indizio della maliziosa surrogazione. Ma bisogna cedere alla forza delle cose; siffatte verificazioni in massa alla stazione sono impossibili. Dico in massa, all'avventata, in cerca di una frode che non si ha ragione di sospettare; mentre per quello che ora vengo a dire, non mancano rimedi per verificare singolarmente i colli, avendosi motivo di sospetto: ma ora si parla dei casi ordinari e comuni nei trasporti ferroviari. Se non che questa specie d'impossibilità, e la necessità a cui obbediscono i destinatari di non aprire le casse che nei loro magazzini, fondachi e negozi, impone ai magistrati di accettare qualunque genere di prova, e così le testimonianze dei commessi e inservienti che furono chiamati all'apertura, e il giuramento stesso del destinatario o proprietario (1).

È però necessario introdurre una limitazione quando si tratti d'involti o pieghi o forzieri generalmente poco voluminosi contenenti oggetti preziosi, pei quali suole pagarsi una speciale tariffa, e pei quali non può allegarsi il soverchio ingombro, la pressa e la confusione tumultuaria dei convogli che arrivano e s'incalzano di momento in momento: l'amministrazione non potrebbe ragionevolmente nè onestamente rifiutarsi; o lo farebbe sotto la più grave responsabilità, mentre intanto potrebbe ricorrersi al giudice giusta l'art. 85.

304 *bis*. Vi è sempre inganno e frode allorchè il contenuto non corrisponde all'annunzio, alle dichiarazioni, alle polizze, alle registrazioni fatte nell'ufficio di trasporto o nel libro del vetturale, ed alle stigme esteriori, dovendosi ritenere tali precedenze in tutto conformi alla verità; e il commissionario di trasporto non deve che imputare a se stesso di aver trascurate le necessarie cautele; ma anche per lui vi sono dei casi eccezionali; stanno anche per lui le conseguenze della moralità violata.

Uno di questi casi sarebbe la *falsa dichiarazione dello speditore*. Per pagar meno della tassa ordinaria, o non pagare la speciale assegnata a certi oggetti, gli speditori, e forse gli stessi spedizionieri (2), qualche volta hanno denunciato valori che i commissionari non sogliono incontrare quando hanno motivo di credere nella lealtà degli speditori, e così restano ingannati.

Vi è sempre inganno e frode nei casi summentovati, ma la direzione ferroviaria è abbastanza difesa ove consti che il plico o involto contenente le carte spedite (questo esempio ne vale un altro) le venne consegnato chiuso e assicurato coi sigilli dello speditore, e questi si trovarono intatti.

Il caso si è presentato di recente alla Corte d'appello di Torino. La ditta T. L. asseriva di aver consegnato all'uffizio succursale della ferrovia di Torino un pacco contenente la somma di L. 6500 in sette biglietti della Banca nazionale, diretto a G. B. negoziante di Cuneo; ma quando fu consegnato al destinatario, si vide non contenere che pezzi di carta di niun valore. Chiedeva che l'amministrazione fosse condannata a rifonderle il danno.

L'amministrazione rispose vittoriosamente « mancare ogni prova che, al punto in cui « venne tal plico consegnato a quell'uffizio, vi « si contenesse realmente la narrata somma, « senza che a ciò stabilire volessero le circo- « stanze dedotte a prova (in un capitolo) alla « cui ammessione si oppose, sostenendo as- « solutamente come nessuna alterazione al « pacco medesimo fosse seguita pendente il « tempo in cui si trovò presso gli agenti della « ferrovia » (3). Risultava che il pacco era stato chiuso coi sigilli che si vedevano integri,

anco se il pacco (voleva forse dire *molto più*) non si presentasse in condizione d'integrità all'esterno. Il simile si riscontra in altra della Corte suprema del 20 novembre 1860.

(1) Talvolta si spediscono cose fungibili, come le chiamano, senza precedente avveramento della qualità od assaggio: ma sogliono mandarsi ai commercianti destinatari dei campioni bene condizionati e da potersene fare la prova: il confronto decide della qualità. È difficile determinare con precisione la qualità nella polizza di vettura in modo che non possa avvenire uno scambio. Allora però le questioni si complicano: tutto dipende dai fatti: ogni teoria è impossibile: la colpa, anzichè del vettore, potrebb'essere dello speditore.

(2) *Spedizionieri* sono gli speditori abituali e per altrui conto; o speditori di professione.

(3) Sentenza del 27 febbraio 1867 (estensore Ba-

e niun altro segno di alterazione esterna poteva scorgersi. L'amministrazione fu assolta dalla domanda.

—

305. *Esame dell'articolo* 85.

In caso *di rifiuto o controversia* = L'espressione non è esatta. Vi ha *controversia* quando vi ha *rifiuto* di ricevere la merce per parte del destinatario; ma vuol dire che la *controversia* può sorgere eziandio da altri motivi, e altresì promuoversi l'azione dal consegnante o vettore. Il commissionario di trasporto è venuto in sospetto che i valori siano stati falsamente denunciati per fraudare i diritti di tariffa: egli ha pure diritto alla verificazione. Un altro caso. Il vetturale non trova il destinatario; non si sa dove sia, o si sa che è partito. Se trattasi di merce non esposta a facile deterioramento, l'uso del commercio impone al vetturale di ricercare nuovi ordini dallo speditore o dal suo committente immediato. Ma se il ritardo è dannoso, e il vetturale non sia del luogo, o non abbia comodità per conservare le cose, o deve subito partire, si volge egli pure al magistrato che provvede secondo le circostanze, ordinando, per esempio, il deposito in luogo opportuno. Si crede bastare una informazione sommaria, e non dovere il vetturale fornire la prova rigorosa di non avere il destinatario domicilio nel luogo, premesse però quelle discrete ricerche che lo stesso vetturale troverà di dover fare senza precipitazione e imprudenze, e farà anche nel proprio interesse (Duverdy, n° 25) (1). Ciò nonostante il vetturale non sarà dispensato da responsabilità se non avvisando immediatamente lo speditore o il commissionario principale o il committente diretto, secondo i casi; e il deposito resterà vincolato al destinatario che, ritornando in luogo, potrà ritirarlo.

La legge parte dal supposto che si faccia luogo ad una verificazione, cadendo la controversia sull'integrità interna od esterna dell'involucro. Il rifiuto potrà esser motivato da ritardo per cui la merce sia divenuta inservibile; o per effetto dello stesso ritardo sia vicina a dissiparsi o perire. Vi è qualche caso di questo genere nel quale bisogna passare tantosto alla verificazione (2). Il magistrato ha dalla legge un attributo abbastanza generale e per questo (non potendo però deviare dalla prova peritale specialmente ingiunta) e per ordinare *depositi* o *sequestri*. Vi è deposito *simpliciter* quando, per esempio, non trovandosi il destinatario, la cosa è collocata presso un terzo a libera disposizione, o sotto alcune condizioni che il destinatario può o deve adempiere prima di ritirarlo (3). Vi è *sequestro* quando l'oggetto si deposita col vincolo della lite e a tutela di diritti controversi; sequestro da qualificarsi *giudiziario* secondo le nozioni dell'articolo 1874 del Codice civile, e degli articoli 921 e 922 del Codice di procedura civile.

Scorgesi altresì dal nostro articolo potersi ordinare la *vendita*, surrogando il prezzo alla cosa: e ciò per cause diverse. Se mentre si disputa, le cose sono esposte a consumarsi; ovvero il nominale destinatario si rifiuti senza serio motivo di soddisfare ai diritti del vetturale, spiegati nell'ultimo capoverso dell'articolo; poichè se la contestazione assumesse una certa gravità, le facoltà provvisionali del giudice d'urgenza verrebbero a cessare, come or ora sarò a dire.

306. Che il vetturale mantenga il suo privilegio *e per lo prezzo di trasporto, pei diritti pagati nel viaggio* (di dogana, pedaggi e simili) *e per le spese necessarie alla conservazione degli oggetti trasportati*, è ciò che si evince dal letterale disposto dell'articolo 85. Io mi valgo con soddisfazione di questo testo per confermare ciò che venni esponendo in ordine ai privilegi dei commissionari. Il vetturale non ha più in mano le casse; le abbandonò alla giustizia; n'è depositario e detentore un terzo; forse furono vendute e sono tramutate in moneta. Pardessus, prevedendo questa combinazione, diceva: « Il ne perd pas son privi« lège (il vetturale) *par le seul fait qu'il se*

---

rillis). Altre circostanze di fatto concorrevano a favorire l'assunto dell'amministrazione, ma lo stato esterno del pacco saria bastato a caricare la prova alla parte reclamante.

(1) Pare che in epoca alquanto remota si tenesse in Francia una diversa giurisprudenza, stando almeno a una decisione del Parlamento di Fiandra, riferita da Merlin (*Repert.*, v° *Voiturier*, quest. *De droit*, § 1). Ora una tale giurisprudenza sarebbe già antiquata. Il vetturale legge nella lettera di vettura il nome cognome e la *residenza* di colui al quale la merce è indirizzata: se la indicazione è erronea, se la cassa con numero erroneo indicata non esiste, se le prime ricerche fatte furono vane, e ci sarebbe di mezzo una certa difficoltà incompatibile colle circostanze del vetturale, per sapere più oltre, noi manteniamo la proposizione del testo.

(2) Oggetti di tale qualità che stando lungamente rinserrati nelle casse deteriorano e si guastano.

(3) Purchè paghi il prezzo di trasporto o qualche spesa fatta ad utilità della cosa o simili.

Digitized by Google

« *serait dessaisi*, pourvu qu'il agisse par la « conservation de son droit dans le bref délai « que l'usage détermine selon la nature des « choses transportées » (*Droit commercial*, nº 1205). Il caso non è del tutto uniforme (1), ma è sempre vero che il vetturale si è separato dagli oggetti, lasciandoli al destinatario, e nondimeno se, provati identici, li fa in seguito sequestrare, mantiene il privilegio (2). L'intervallo si direbbe riempito e surrogato coll'animo che segue la cosa e intenzionalmente la ritiene, non passando che in potere della giustizia, o in mano allo stesso debitore presso il quale, quasi pignoratario legale, si è potuto sorprendere al fine di esercitare sopr'essa i proprii diritti reali. Così può anch'esser soddisfatto il senso delicato dei giuristi insieme al voto espresso della legge e all'interesse del commercio. Questa virtualità non esiste più, questo nesso si rompe, quando la cosa si trasmette ad un terzo, o non può più ricuperarsi identica dalle mani del pignoratario, del destinatario o commissionario.

DUVERDY, che conviene apertamente in questa sentenza, dice potersi fondare il privilegio « comme représentation *de la plus value* qu'il « a donnée aux marchandises, en les amenant « sur une place où elles se vendront plus chè- « res que dans le lieu de production ou dans « le lieu d'entrepôt » (nº 132). Con perdono, questa ragione tratta dalle idee degli economisti non è molto valida in giure. Chi ci assicura che la cosa valga realmente di più in quel caso specifico (3) per causa del trasporto? E se valesse di meno e non francasse la spesa del movimento eseguito? Piuttosto le spese di conservazione e il prezzo di trasporto godrebbero del privilegio del Codice civile, come avvisai altrove per casi somiglianti. Ma qui giova ripetere che il diritto commerciale ha una indole propria e distinta; che dove dispone espressamente, e anche dove non dispone ma trae la sua ragione dagli usi o da speciali necessità del commercio, si separa dal gius civile e vive di vita propria. Del resto il disposto dell'art. 85 ci dispensa da troppo sottili ricerche; esso ci misura una cerchia entro la quale noi stiamo ad agio.

Ogni privilegio è ristretto da limiti, e quel dettato è chiaro abbastanza per additarceli. Rapporto alla questione altre volte sorta, se il privilegio per le spese di trasporto sia estendibile a trasporti precedenti (4), il nostro articolo la risolve con quelle parole — *prezzo di trasporto*, *diritti pagati nel viaggio*, che accennano evidentemente al *trasporto attuale*, e non a verun altro.

Si ritiene per altro, con tutta ragione, che i varii trasporti formanti in effetto una spedizione unica, benchè a comodità eseguiti in tempi diversi, sia per mezzo di vetturali, di messaggerie, diligenze o vie ferrate, abbiano a considerarsi una cosa sola rispetto al privilegio dichiarato nel nostro articolo. *Se i primi colli furono già consegnati al destinatario*, il privilegio avrà la sua intera efficacia sugli ultimi che rimangono, e il vettore (5) potrà trattenerli per assicurarsi il pagamento. Il privilegio, dice DUVERDY « doit donc frapper sur « chacun des colis composant l'ensemble des « marchandises à transporter pour la totalité « des frais de transport » (6). Il privilegio del vettore è indivisibile; non altrimenti che la ipoteca, colpisce il tutto e le singole parti come il tutto.

Si perde il possesso, nè più si ritiene coll'animo ad effetto dell'esercizio del privilegio, quando abbiamo l'azione e la mente rivolta altrove; quando, per toccare qualche esempio, il vetturale ha preferito di farsi pagare dallo speditore al quale ha già mandato il suo conto; se non essendo pagato, volesse dipoi far valere il suo privilegio commerciale di fronte al destinatario, più nol potrebbe. Se il vetturale si è fatto pagare dal destinatario, e con ciò ha mostrato di abbandonare a sua piena disposizione le casse già consegnategli; indi si accorge di un errore, e vorrebbe per ciò che gli manca esercitare *il suo privilegio di vetturale* sulle cose abbandonate: tant'è, nol potrebbe. Tolto e sviato l'animo dalla cosa *quæ manu*

(1) Si cercò se il vetturale avesse perduto il possesso di certi legnami trasportati per acqua e depositati in un porto: la Cassazione francese (15 aprile 1840, *Journal du Palais*, tom. I, pag. 597) rispose che non aveva perduto il possesso.

(2) E si prova anche una volta che il privilegio non ha per fondamento o condizione la *ritenzione* materiale, secondo la considerazione da noi fatta nel num. 257 e nei seguenti.

(3) Giacchè gli economisti parlano nel gran tema del commercio e a tratti generali.

(4) Questione decisa sempre nel senso di escludere il privilegio (TROPLONG, *Del privilegio ed ipoteca*, num. 207 *bis*: Cassazione francese, 13 febbraio 1849, *Journal du Palais*, 1849, t. II, p. 171.

(5) Io uso volontieri questo vocabolo per esprimere il genere di codesti motori.

(6) GOUJET e MERGER, *Dictionnaire de droit commercial*, vº *Voiturier*, num. 75).

non capitur, relazione di possesso non esiste più: potrebbe esistere tuttavia privilegio di un altro ordine e meno potente. Il credito del *prezzo di trasporto* ha priorità sopra ogni altro, eccetto le spese di giustizia quando si esercita dal commissionario di trasporto e vetturale (1); ma quale privilegio dell'ordine civile non è fra i primeggianti, e si subordina a condizioni assai rigorose (2).

---

307. *Competenza e procedura.*

È forse promiscua la giurisdizione del presidente del Tribunale di commercio e del pretore nel caso contemplato in questo articolo; appartiene all'attore la scelta; la scelta decide forse del carattere della stessa giurisdizione in quanto sia civile ovvero commerciale, o viceversa?

Storicamente: nelle legislazioni secondo le quali il pretore non aveva giurisdizione commerciale per somma qualunque, l'identica disposizione pur si trovava in quei Codici di commercio (3). Avendo il giudice di pace giurisdizione commerciale, si ritiene che la scelta del giudice importi altresì la scelta della giurisdizione in quanto civile o commerciale (4). Ed ecco come vanno le cose. Se il convenuto non è commerciante (suppongasi il destinatario), si ricorre al giudice civile, che allora è solo competente. Se è commerciante, si ricorre al presidente del Tribunale di commercio, se vuolsi; ma si può adire invece il giudice civile, perchè il diritto di agire commercialmente è una specie di privilegio al quale si può rinunziare.

Col nuovo Codice di procedura civile noi ci troviamo avere il pretore *giudice commerciale sino a L.* 1500 (articolo 171 del Codice di procedura civile). Veramente l'articolo 85, fedele allo stile dei suoi predecessori, si offre con un linguaggio da non lasciar in dubbio la facoltà di portarsi all'uno o all'altro magistrato, a scelta dell'attore. Noi non abbiam nulla a dire sul passaggio da un ordine di giurisdizione ad un altro; la questione è d'indole assolutamente commerciale, se il contratto passò fra commercianti ed a scopo di commercio; ora la radice della giurisdizione commerciale è pure nel pretore, e non ci occorre forzare, a così dire, la giurisdizione per spiegare la legge.

Piuttosto per intendere la ragione della promiscuità, e come sia sorta questa disposizione di procedura fuori del sistema e frammezzo alle nozioni di un Codice di commercio, si dirà ch'essa fu consigliata dal bisogno del provvedere istantaneo, dall'urgenza. Anzichè affaticare le parti per cercare il magistrato, il legislatore accosta, direi quasi, il magistrato alle parti; lo fa vedere pressochè in ogni punto del territorio dello Stato pronto a render giustizia. Tribunali di commercio, e quindi presidenti di Tribunale di commercio, non ci sono mica in ogni luogo; ma la benefica magistratura pretoriale risponde ad ogni appello: qualche volta non sarà scelta, ma necessità, volgersi al pretore: la legge, insomma, ha voluto servire alla comodità in materia che tanto interessa il commercio. Generalmente il calcolo dei valori sparisce di fronte alla urgenza; possiamo dunque dire, senza pericolo d'errare, che allora il pretore è competente per qualunque somma.

Ma noi non possiamo ampliare la portata di questo articolo, nè la sua disposizione eccezionale. La giurisdizione si esaurisce col provvedimento. Il giudizio di merito si deve portarlo al giudice che è competente secondo le norme della legge comune.

Può aggiungersi che, qualora l'una o l'altra delle parti non si fosse prevalsa della facoltà impartita da questa legge, e il giudizio di merito fosse cominciato avanti al tribunale ordinario, la misura provvisoria non potrebbe invocarsi od ordinarsi che da esso, investito della cognizione principale.

308. Dobbiamo anche visitare un momento la competenza sotto l'aspetto territoriale.

La procedura civile ci porge esempi frequenti di straordinario potere accordato ai giudici inferiori nei casi di massima urgenza.

---

(1) Vedi ciò che fu detto in questo proposito al num. 253.

(2) Num. 9 dell'articolo 1958.

(3) Articolo 106 del Codice di commercio francese; articolo 112 dell'albertino del 1812

(4) « Si le voiturier est commerciant (non essendolo si dovrebbe sempre citare *in civile*), quelle « juridiction foudra-t-il saisir? Le voyageur dont « les bagages ont été perdus ou avariés, devra-t-il « nécessairement s'adresser au Tribunal de commerce, ou pourra-t-il porter son action devant « le Tribunal civil? Nous *pensons qu'il a le choix « entre ces deux jurisdictions* » (DUVERDY, *Du contrat de transport*, num. 147).

A noi non interessa sapere che siasi disposto dalla legge franc. del 25 maggio 1838 sui giudici di pace per ampliarne la giurisdizione: diremo solo che quella dottrina è pacifica nel ritenere che il diritto che chiamanò *d'ozione* fra le due giurisdizioni, non è stato modificato; soltanto il giudice di pace, quando sia rivestito di competenza (e non può averla che civile) ora giudica sino alla somma di fr. 1500.

Digitized by Google

Ma la posizione territoriale è sempre rispettata, perchè tiene ad un ordine superiore ed alla costituzione giudiziaria; e in tali casi appunto la competenza istantanea del pretore non è misurata dal valore dell'oggetto, ma dalla località soltanto.

Il caso ordinario avuto in vista dall'art. 85 è quello del luogo dell'arrivo ove il vetturale depone al destinatario le casse, gl'involti e i fagotti viaggianti; perchè il rifiuto e la controversia sul ricevimento nasce ivi e bisogna provvedere senza indugio alla conservazione degli oggetti.

Ma può figurarsi anche qualche altro caso, straordinario se vuolsi, ma che pur deve avere la sua decisione. Un vetturale trasporta da Piacenza a Bologna delle casse contenenti masserizie e vestiari per una compagnia comica, e con esse viaggia il capo-comico sulla stessa vettura. Vicino a Borgo S. Donnino si spezza una ruota del carro che si rovescia in un fosso: l'acqua penetra nelle casse, e ben si comprende che il contenuto ne sarà più o meno danneggiato: il capo-comico infuria, protesta, vuole che sia tantosto avverato il danno: il vetturale risponde che è un caso fortuito, una disgrazia. Ma si concordano in ciò che giovi riportarsi, per comune sicurezza, all'autorità del giudice: e si presentano insieme al pretore del luogo, e invocano nella loro dissensione la sua giustizia.

Nel primo caso il giudice territoriale è indicato dal luogo dell'arrivo; questo fatto è già entrato nella convenzione delle parti, e risulta dalla lettera di vettura; il destinatario vi è pure enunciato; e, come io dicevo or ora, ivi suol accadere la scena del rifiuto e appare la controversia (1). Nell'altra ipotesi, alquanto strana, la competenza del giudice locale non si determina dall'accidentalità di una vettura che si ribalta in un fosso, o da una spezzatura di vetri per cui si disperde il vino custodito nelle bottiglie, ma dalla spontaneità delle parti (2).

Quindi alcune domande e alcune risposte. Qual è il giudice competente, per ragione di territorio, alle operazioni dell'art. 85? Quello del luogo della consegna. Il giudice o Tribunale di commercio dello stesso luogo (3) sono eziandio competenti alla controversia principale e di merito?

A questa domanda risponde DUVERDY: sono competenti *se il prezzo del trasporto deve pagarsi all'arrivo;* non sono competenti *se il prezzo è stato pagato in anticipazione:* eccetto che non lo siano per ragione di domicilio del convenuto (n° 150). Il ragionamento dell'autore, in contrasto con qualche decisione, può vedersi nella sua opera; intanto osserviamo il quesito per conto nostro.

È stabilito nell'articolo 91 della procedura civile che l'azione personale e l'azione reale sui mobili « nelle materie commerciali possono « proporsi davanti l'autorità giudiziaria del « luogo in cui fu fatta la promessa o conse« gnata la merce, o *in cui deve eseguirsi la « obbligazione* ». A noi non resta vedere che questo solo: se il luogo ove si sbarca la merce o si consegna al destinatario *sia il luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione* (4).

Io non credo che la soluzione sia difficile, neppure rispetto al trasporto che si eseguisce per mezzo delle ferrovie. Le merci si caricano sui vagoni a Torino per essere deposte ad Ancona e consegnate al destinatario. Che questo sia il luogo ove deve adempirsi l'obbligazione, a me pare evidente. Quale assurdità il dire che se il prezzo del trasporto è pagato prima e non dopo, o all'atto dell'arrivo, per tal fatto, puramente accidentale, sia per cangiare la regola della competenza! Quale difficoltà pertanto potrà esserci onde l'amministrazione della ferrovia che s'incaricò di condurre da un luogo ad un altro la merce, ove nasca con-

---

(1) Corte di Nîmes, 19 novembre 1851 (*Journal du Palais*, 1853, tom. II, pag. 55) stabilisce che le formalità dell'articolo 106 del Codice di commercio francese (al quale corrisponde il nostro articolo 85) non sono obbligatorie se non dal momento in cui la mercanzia si recapita al destinatario; e non hanno luogo quando, viaggiando la merce, i commissionari di trasporto (le varie Compagnie delle strade ferrate) se la passano di mano in mano a corso celere, quando specialmente l'avaria all'esterno non appaia.

In questa materia, vedi anche la decisione del 30 giugno 1865 della Corte di Colmar (*Journal du Palais*, 1866, pag. 193).

(2) Articolo 37 del Codice di procedura civile: « Ogni domanda è proposta con citazione..... o *le « parti compariscono spontaneamente*..... ».

Se a quel caso non si fosse trovato presente che una parte sola, cioè il solo vetturale, egli non avrebbe potuto che procurarsi testimoniali del fatto per valersene all'occorrenza.

(3) Il primo sino alla somma di lire 1500.

(4) Ciò che fa ostacolo nella legislazione francese si è il riguardarsi nell'articolo 420 come condizione il luogo *in cui deve effettuarsi il pagamento;* alla quale espressione fu surrogata quella del nostro Codice, assai più estesa.

troversia sull'adempimento, non possa esser convenuta avanti il Tribunale di commercio di Ancona?

La stessa conclusione rapporto ai bagagli dei viaggiatori. Secondo me, sarebbe una sottigliezza, direi di più, una contraddizione, l'obbiettare che la conduzione ferroviaria intende a trasportare la persona, e avere adempito alla obbligazione quando il viaggiatore, discendendo dal vagone, ha toccato il suolo al quale voleva pervenire, e che i bagagli si hanno come congiunti alla persona del viaggiatore e viaggianti con essa. E per tale riflesso non avere più applicazione l'art. 91, benchè per altra parte l'obbligazione di rimettere i bagagli non sia cessata! È unito alla persona del viaggiatore quel bagaglio portatile che ha con sè, e che non ha denunciato: quello consegnato e tariffato divide il suo destino con qualunque altra merce.

309. La procedura è la più semplice. Una istanza espone al pretore o al presidente del Tribunale di commercio la causa del dissenso e la necessità di constatare frattanto e identificare il corpo della merce e lo stato. Il giudice invita le parti a comparire avanti di lui in ora destinata; sente le ragioni di entrambe; *il decreto è posto in fine del ricorso.* Con esso nomina i periti secondo gli oggetti; fissa il giorno, il luogo; il ricorso è notificato all'altra parte, se non fu presente, e ai periti. Si fa un processo verbale coll'intervento del cancelliere, che riceve la relazione vocale dei periti, e descrive lo stato apparente che l'occhio rileva senza bisogno dell'arte: i periti prestano il giuramento: sottoscrivono il processo verbale col giudice, colle parti presenti, e col cancelliere. Se occorre nominare un depositario, il giudice sceglie la persona, la fa venire a sè, indica lo scopo, ne ritira l'accettazione che risulta dalla firma del depositario o sequestratario sullo stesso verbale. La procedura è finita; la parte a cui interessa, si fa spedire dal cancelliere copia autentica del processo verbale, e promuove, come crede, il giudizio avanti il magistrato competente per la decisione della controversia.

La verificazione o accertamento del corpo è sempre la prima e fondamentale operazione. Se la questione verte sul danneggiamento della merce, la stima mira a stabilirne la quantità; se si ha in vista la vendita, i periti ne rileveranno il prezzo totale (1). La vendita sarà ordinata con decreto successivo. Se ha per causa il *pericolo di deterioramento*, il giudice usa le facoltà dell'articolo 624 della procedura civile; nè, generalmente parlando, è lecito prescindere dalle norme per la stessa procedura stabilite (Capo VI, Titolo II, Libro II).

In questo caso il presidente del Tribunale delega al pretore locale l'assistenza alle operazioni della vendita.

Articolo 86.

Il disposto dall'articolo 417 è applicabile al vetturale.

310. *Ravvicinamento dell'art.* 417, *e rinvio.*

---

310. Era più esatto il dire *a favore del vetturale* o commissionario del trasporto. A questo luogo il *caricatore* è lo speditore, il committente, il destinatario. Quando nulla è imputabile al vetturale, egli ha contato sul prezzo di trasporto, deve riscuoterlo: il pericolo, a rigor di giustizia, incombe al proprietario — *res perit domino.*

Ma da quale spirito fu dettata la riserva dell'articolo 417? Pietro ha fatto trasportare da Bertinoro a Padova, per conto di Paolo, cinquanta fiaschi di quel vino eccellente di Romagna, ma per viaggio i fiaschi si sono rotti e hanno lasciato andare il vino. Paolo offre al vetturale i rottami e i cocci, e gli dice, questi sono a prezzo del trasporto! La singolare sua offerta non sarebbe forse giustificata dai combinati articoli 86 e 417? È ciò che vedremo ragionando su quest'ultimo.

Articolo 87.

Le disposizioni contenute in questo titolo sono comuni ai padroni di barche e agli impresari di vetture pubbliche.

---

(1) Il nostro articolo 85 parla sempre *di periti*, ma il giudice può nominarne un solo (articolo 255 della procedura).

Digitized by Google

Articolo 88.

Le azioni contro il commissionario e il vetturale, per la perdita o l'avaria delle merci, si prescrivono col decorso di sei mesi per le spedizioni fatte nell'interno del regno, e col decorso di un anno per quelle fatte all'estero, da computarsi nel caso di perdita dal giorno in cui le merci avrebbero dovuto giungere alla loro destinazione, e nel caso di avaria, dal giorno in cui sono state consegnate, eccettuati i casi di frode o di infedeltà.

311. *Si ritengono comprese nella prescrizione sostanziale le azioni d'indennità conseguenti da ritardo di consegna, contro la dottrina di alcune decisioni francesi.*

312. *Del momento nel quale comincia il corso della prescrizione.*

313. *Per invocare la eccezione dedotta dall'articolo 88 è necessario provare la spedizione. Il caso della* — frode e infedeltà — *è sempre riservato. Del delitto degli agenti intermedi: della solidarietà, e de' suoi effetti quanto all'eccezione di liberazione stabilita nel detto articolo.*

314. *Se agli obblighi di commissionario di trasporto o vetturale si aggiungano quelli di depositario o di mandatario, sia accettando questo nuovo incarico dal proprietario, sia con qualche suo fatto mutando a se stesso la propria posizione, il commissionario, ecc., entra in uno stato nel quale non può più difendersi colla prescrizione stabilita da questa legge.*

315. *La prescrizione dei sei mesi ha il diretto intendimento di favorire il commercio; e può invocarsi dal commissionario e vetturale di professione anche a fronte di persone non commercianti.*

311. La durata delle azioni si viene restringendo, fuori di ogni proporzione con quelle dell'ordine civile, non per via di eccezione (idea che si vorrebbe bandire dal fòro, e che in pratica suol produrre perniciose conseguenze), ma perchè così richiede l'indole propria della legislazione commerciale e il bisogno del commercio.

La legge dichiara quali siano le azioni prescrittibili, indicandone la causa: quelle che derivano da *perdita* o *avaria* delle merci. Come la causa dell'azione è chiaramente espressa, non meno chiaramente è segnato il punto di partenza della prescrizione. Ma in certi casi anche il semplice *ritardo* genera azione d'indennità (1): la legge ne tace, e sorge non lieve il dubbio, se l'esercizio di quest'azione debba pure aver luogo entro i sei mesi.

La interpretazione affermativa è stata respinta dalla giurisprudenza. Ricercando la genesi della disposizione, si trovò che il progetto primitivo del Codice di commercio presentava un concetto assai più esteso (2); modificato per le osservazioni del tribunato, restò quello che oggi si vede e fu accettato senza cangiamento nelle successive redazioni dei Codici di commercio. La Corte suprema di Francia decise formalmente la questione in questi termini. « Attendu que les lois qui établissent des prescriptions ou des déchéances sont de droit « étroit et ne peuvent être étendues par voie « d'analogie d'un cas à un autre; qu'en particulier la disposition de l'article 108 du « Code de commerce (3), qui limite à six mois « la durée de l'action contre le commissionnaire ou voiturier à raison de la perte ou « avarie des marchandises, en prenant soin « de fixer d'une manière spéciale pour chacun « de ces deux cas le point du départ de la « prescription, doit être restreinte dans son « application aux cas qu'elle a ainsi spécifiés; et qu'en décidant que l'art. 108 n'est « pas applicable à l'action intentée par un cas « différent, *celui de retard dans les transports*

(1) Vedi il commento al primo periodo dell'articolo 78.

(2) Ivi si diceva: « *Toutes actions* contre le commissionaire et le voiturier sont prescriptes après « six mois pour les expéditions, etc. » (Locré, tom. XVII, pag. 234).

(3) Al quale il nostro articolo 88 è pienamente conforme.

Digitized by Google

« *des marchandises*, la Cour impériale de « Douai n'a violé ni le dit article ni aucune « autre loi..... Rejette » (1).

Io comprendo quanto sia arduo lottare contro una decisione della Corte suprema di Francia, benchè non si possa dire veramente costituita una giurisprudenza su questo punto di questione. Laonde non pongo avanti la mia opinione come sicura, ma solo come meritevole di essere presa in esame. A me ha sempre fatto poca forza l'argomento dedotto dal carattere eccezionale di una legge di commercio in relazione al diritto comune, di guisa che al semplice osservare che la lettera del testo non comprende un dato caso, messa da parte ogni altra considerazione, non si debba far altro che ritornare al centro della vitalità giuridica: al diritto comune. Secondo questo sistema, una disposizione del Codice di commercio non avrebbe alcuna virtualità, tutto sarebbe in essa materiale e letterale. Indarno si farebbe ricorso al suo spirito, alla sua ragione, come si fa per ogni legge (2); la intenzione del legislatore si avrebbe per nulla.

La disposizione dell'articolo 88 potrebbe non esistere; la sua esistenza peraltro dimostra che il legislatore dev'essere stato mosso da ragioni ben gravi per determinare un sì breve indugio all'esercizio di simili azioni. Le ragioni principali denno esser queste: *a*) che non intentata entro sei mesi un'azione che sorga da un fatto presentaneo, atto a scuotere la suscettibilità sempre energica del commerciante, e che ha un carattere d'urgenza che niuno può dissimulare a se stesso, si presume che o un vero e sincero motivo di procedere non esistesse in origine, o siasi rinunziato all'esercizio dell'azione; *b*) la difficoltà sempre grave che deve incontrare la difesa degli imprenditori e vetturali a stabilire dopo un certo tempo fatti e circostanze, minute talvolta e sfuggevoli, la cognizione delle quali è necessaria a comprendere le vere cause del danno che si lamenta; *c*) il bisogno di troncare sospensioni dannose alla tranquillità, all'alacrità di operazioni commerciali naturalmente rapide e di continuo rinascenti.

Ora al mio criterio ripugna, che l'azione di indennità *per causa di ritardo*, o quella pur anco di esigere una penalità o una multa, possa esercitarsi a volontà dello speditore o proprietario in un tempo anche lunghissimo (3), mentre nell'assai più grave contingenza della perdita assoluta si difende colla eccezione di prescrizione dopo sei mesi! Io trovo che i tre motivi or ora accennati, che formano lo spirito di questa legge, concorrono del pari se non a più forte ragione.

Credo poter aggiungere, che nella parola *perdita* si possa eziandio comprendere il danno del ritardo: che talvolta può essere una perdita totale, se la tardività dell'arrivo abbia tolto ogni valore mercatabile alla merce; o parziale, se il danno è parziale.

Nè osta l'argomento dedotto dalla modificazione portata a quella espressione dell'originario progetto, poichè fu soppressa la formola *tutte le azioni*. Nulla vi ha in ciò che riguardi il caso attuale; e giusto era sopprimere la formola troppo generale, mentre in effetto *non tutte* le azioni contro il commissionario o vetturale si volevano assorbire nella prescrizione semestrale.

Si è pure osservato contro questa tesi che il legislatore avrebbe dovuto, come negli altri due casi, precisare il momento nel quale incomincia la prescrizione. Questo momento è dichiarato — *il giorno in cui le merci avrebbero dovuto giungere alla loro destinazione* (4).

312. In qual modo può esser precisato il giorno nel quale *avrebbero dovuto giungere le merci alla loro destinazione*? (5). Ove il giorno destinato risulti espresso nella lettera di vettura, la prova esiste. Se non vi è termine fisso, si dedurrà dal periodo ordinario; in pratica potrà nascere qualche difficoltà. Nei corsi ferroviari il calcolo del tempo avrà una base più positiva; ma sono possibili i ritardi. Il ritardo,

(1) 26 luglio 1859, *Journal du Palais*, an. 1860, pag. 322. Aggiungi Montpellier, 27 agosto 1830; Douai, 2 marzo 1858 (ivi, 1858, pag. 1225).

(2) Articolo 3 delle disposizioni preliminari del Codice civile.

(3) Quale sarebbe questo tempo? Si dovrebbe dire di trent'anni, non trovandosi nel Codice civile veruna prescrizione speciale a questo riguardo.

(4) « Les marchandises pour le destinataire doivent être considérées comme perdues, du moment qu'il ne les a pas reçues au jour où le « transport devait être effectué; il peut, à partir « de ce moment, intenter ses actions » (ALAUZET, *Comment.*, num. 480). Egli però non si occupa della presente grave questione.

(5) Rapporto all'azione per sofferta avaria, il legislatore dice: *dal giorno in cui le merci sono state consegnate*. Non si poteva dire altrimenti. Quanto *alla perdita*, la locuzione presente ha riformata quella del Codice albertino — *da computarsi*... dal giorno *in cui il trasporto delle merci avrebbe dovuto esser fatto* — tolto dal francese. Il senso però delle varie locuzioni è identico.

come ogni altra irregolarità, non si presume; il debitore che invoca la prescrizione è fondato a concludere che la merce sarebbe arrivata nel solito tempo.

Per i trasporti che si fanno da vetturali privati, specialmente pei fiumi e laghi non sempre tranquilli, e con stagioni anormali, il còmputo è variabile: dipenderà dalla buona prudenza del giudice determinare, con una certa larghezza, il tempo nel quale il destinatario doveva sinceramente pensare che il suo vetturale fosse già in mora.

Supposta una controversia sul ricevimento della merce, e che il destinatario fosse stato per decreto di giudice obbligato a riceverla, salva l'azione del danno, giova osservare: 1° se il giudizio abbia resa l'azione perpetua; 2° in caso negativo, da qual punto decorra la prescrizione semestrale per l'esercizio di essa.

Il giudizio nel quale si disputa se siasi in diritto di rifiutare la merce, è ben altro da quello che ha per fondamento una domanda di risarcimento del danno. Potrebbe un tale giudizio non avere per oggetto la stessa merce, nè la sua materiale condizione, ma altro ben differente. *A.*, destinatario apparente dalla lettera di vettura (a cui grava ricevere quella roba per una ragione qualunque), nega la commissione; o nega la identità personale. Finalmente è obbligato a riceverla. Allora s'accorge che la merce è avariata; ma solo dopo sei mesi produce l'azione del danno. Il giudizio nel quale è stato soccombente, non lo difende dal debito di promuoverla entro sei mesi.

Solo dal momento della consegna, quantunque forzata, il termine scorre; ove però la consegna sia stata *posteriore* al giudizio (1): se *anteriore*, la lite era ostacolo al decorrimento dei fatali. E ciò quantunque io mi accorgessi che la merce era avariata, e ne abbia provocata la verificazione. Insomma il diritto si viene consumando col tempo quando il tempo scorre nella inazione, e diremo nell'ozio; non quando è occupato dalla lite, ragione o torto che s'abbia. Che se alla istanza della verificazione si aggiungesse quella della condanna nei danni come conseguenza (2), è manifesto che la prescrizione dell'ordine commerciale non è più possibile, e solamente potrebbe prescriversi, a norma del gius civile, l'azione del giudicato.

313. Se non che *perdita*, *ritardo*, *avaria*, sono avvenimenti che ne suppongono un altro: l'invio della merce, il viaggio, la traslocazione, quantunque con esito più o meno disavventurato. « La prescription établie par cet article *ne fait pas cesser la responsabilité par défaut d'envoi*, mais seulement par les pertes et les avaries ». Così RÉGNAULD DE ST-JEAN D'ANGÉLY al Consiglio di Stato (3). Se fu presa una falsa direzione, se la merce venne spedita a Trieste, anzichè a Palermo dove doveva andare; il disguido, lo smarrimento dalla retta via produrrà la perdita, produrrà strani ritardi, responsabilità, obbligazioni gravissime del danno; ma siamo tuttavia sotto il disposto dell'articolo 88. La ragione è questa: nel primo caso il commissionario è imputabile di dolo; nell'altro la negligenza, il fallo, sono evidenti: ma la *frode*, la *infedeltà* (espressioni dell'articolo) da codesti fatti non risultano.

Per rifugiarsi all'ombra dell'articolo 88 bisogna avere la coscienza netta. Di solito le prescrizioni a breve termine colpiscono azioni e diritti, a formare i quali non è concorso il fatto imputabile dell'obbligato, e non implicano in un modo qualunque la questione della moralità (4). Era necessario incastrare nell'articolo una riserva rotonda e molto chiara per non incoraggiare la frode, la malizia, il furto che pur troppo si nasconde comodamente sotto il vocabolo *perdita*; perchè infine pel proprietario non è altro che perdita. Il mariuolo che non può giustificarsi colla forza maggiore, scambia volontieri la cosa con una lite quando specialmente si avvede che il defraudato sarà per incontrare nella stessa legge, protettrice del giusto e dell'onesto, degli ostacoli all'esercizio delle sue azioni. Ma l'interesse della moralità è superiore a quello del commercio, anzi

(1) Io non voglio ricever la merce perchè dico che non mi riguarda; e intanto essa rimane in deposito. È deciso che io mi oppongo a torto, e bisogna adattarsi a riceverla. Ecco la consegna *posteriore* al giudizio.

(2) La domanda di verificazione può invece avere ad oggetto di ricusare la merce senza più; dalla qual forma d'istanza non sarebbe conseguenziale la emenda del danno; che introducendosi quindi separatamente, lo si dovrebbe nel termine dei sei mesi.

(3) Procès verbaux, 20 gennaio 1807, LOCRÉ, tom. XVII, pag. 240.

Quindi il commissionario o vetturale che si difende colla eccezione nella prescrizione, deve primamente provare la spedizione. BOGRON, all'articolo 108 del Codice di commercio francese: Cassazione francese, 21 gennaio 1839 (*Journal du Palais*, pag. 195).

(4) Prendendo dall'articolo 2139 del Codice civile, e discendendo si vedrà che questa proposizione, sebbene sottile o nuova, è vera.

Digitized by Google

è lo stesso interesse del commercio che nel favore dei tristi vedrebbe la rovina propria.

« Dans ce cas, insegnava PARDESSUS, l'action « se prescrirait seulement par le même délai « que les crimes ou délits » (*Droit commer-* « *cial*, n° 545).

Si è disputato se il commissionario sia impedito dall'allegare la prescrizione dei sei mesi, quando vi sia stata di mezzo malizia e infedeltà d'intermediari. Era facile distinguere il caso in cui gl'intermediari abbiano avuto causa dallo stesso commissionario, quali agenti di lui diretti o indiretti, da quello in cui gli fossero indipendenti ed estranei; e portar giudizio che nel primo la colpa loro nuocesse, quasi imputabile al commissionario, e nol tocasse nel secondo (1). Sarà bene una questione di fatto. O il commissionario ebbe la direzione e la condotta di tutta l'impresa; o anche fu associato in un modo qualunque all'impresa altrui, in guisa che vi abbia una tal qual unità o complessità di azione e d'interesse, non può separarsi da una solidarietà che tanto più è suscettibile ad estendersi, quanto più la materia lubrica del delitto il consente; o fu nell'operare diviso, e non ebbe che una missione limitata, non sarà colla eccezione di prescrizione che potrà meglio difendersi, ma con quella più onesta di non aver debito e di non dover rispondere di perdite o danni causati da terzi ch'egli non conosce; e il cui fatto egli può riprovare impunemente perchè non lo riguarda.

Insomma la questione non è se, quando vi è solidarietà pei fatti delittuosi commessi dai nostri associati, si possa ottenere la liberazione nel termine dei sei mesi, ma piuttosto se vi sia codesta solidarietà.

314. Vuolsi anche por mente al caso in cui un commissionario di trasporto, finito il còmpito suo come tale, agisca con una qualità diversa: di depositario, per esempio, o mandatario, onde rilevare se possa giovarsi di quella eccezione.

Pietro, vetturale, è incaricato da Paolo, commerciante di Porto Maurizio, di consegnare a Giovanni, commerciante di Savona, venti balle di cotone; ma avuto cognizione che Giovanni è in condizione di fallimento, Paolo revoca la destinazione, scrivendo a Pietro che voglia trattenere la merce nei magazzini suoi proprî nella detta città. Pietro accetta, e così si rende depositario agli ordini di Paolo. Indi lo stesso Paolo vende il cotone a Giuseppe, commerciante di una città vicina, e commette a Pietro di fargliene la consegna. Costui mostra di avere estratto dai suoi magazzini le merci e averle avviate a quella volta. Le merci vanno perdute, riteniamo senza frode. Paolo, a sua volta, scorsi sei, otto mesi, un anno, cita il vetturale pel risarcimento del danno. Il vetturale oppone la prescrizione.

Egli ha torto; la eccezione non gli compete, perchè aveva assunta la qualità di depositario.

Si può eziandio figurare la ipotesi che un commissionario di trasporto, eseguita la commissione, continui a trattare gli affari del proprietario colla veste di mandatario, o se vuolsi di commissionario per conto: ed è certo che mescolandosi nell'affare in tale qualità, e male agendo, non sarà favorito dalla prescrizione commerciale: non tanto perchè il carattere di mandatario sia diverso da quello di commissionario di trasporto, e tenga all'ordine civile, quanto perchè, per tale qualità aggiunta, si sono in lui accumulate responsabilità di più grave natura o diverse.

Se il commissionario di trasporto o vetturale invece di recapitare direttamente il pacco delle carte (o altro oggetto qualunque) al suo destinatario, se n'è spogliato consegnandolo ad un terzo, anche con buona intenzione, incaricandolo cioè di recarlo al destinatario e questo terzo non adempia alla commissione, citato a rendere conto, non può sfuggire all'azione colla facile difesa della prescrizione dei sei mesi. Egli mutò a se stesso la propria posizione; egli cessò di essere commissionario. Venuta una tale questione in giudizio, fu deciso che il commissionario o vetturale assunse con quel fatto la qualità di depositario (2).

Noi accenniamo a fatti, a combinazioni, dalle quali escludiamo, in ipotesi, l'elemento doloso, ma soltanto troviamo essersi intromesso nella operazione del trasporto un nuovo elemento giuridico, una responsabilità nuova, non considerata col nostro articolo.

315. Evidentemente questa prescrizione è stata introdotta nell'interesse del commercio; e può essere invocata dallo esercente la professione di commissionario di trasporto e di vetturale *contro qualunque* anche non commerciante. Se in tempo abbastanza antico per lo sviluppo del commercio, la Cassazione francese (3) decise il contrario; e se la sua opinione raccolse intorno a sè qualche raro suf-

(1) Così difatti si vede deciso dalla Cassazione francese nel 29 maggio 1826, e pienamente approva il DALLOZ, *Répert.*, v° *Commission*, num. 495.

(2) Corte di Nimes, 20 febbraio 1828 (ALAUZET, *Comment.*, num. 490.

(3) 4 luglio 1816.

Digitized by Google

fragio (1), la maggioranza degli scrittori (2), e la ragione con essi, ci persuadono che, in tal modo giudicando, si darebbe alla legge una direzione forzata e contro il suo scopo. Le conduzioni ferroviarie non potrebbero giovarsene che nel minor numero dei casi; eppure l'interesse dei trasporti terrestri oggidì si concentra pressochè tutto in quelle, e bisogna ben riconoscere che se queste grandi imprese hanno il dovere della diligenza e di riparare ai danni che arrecano ai privati, non devono rimanere lunghi anni nell'incertezza e nel pericolo, se non ci fu di mezzo il delitto a guastare ogni cosa. L'articolo parla di *merci*, ma non aggiunge che il trasporto abbia per oggetto un'azione commerciale; il Codice di commercio usa il proprio linguaggio, e pensa ai commissionari, ai vetturali di professione, al commerciante insomma pel quale ogni cosa che da lui si maneggia *è merce* e istrumento del suo esercizio: questo modo di esprimersi (sul quale qualche autore contrario insiste) nulla cangia alla sostanza della disposizione.

Non posso quindi approvare una decisione nella quale si è detto (3) che la prescrizione dei sei mesi accordata ai commissionari e vetturali per dirsi liberati dalle azioni per la perdita o avaria delle merci loro affidate, si applica solo alla perdita di oggetti *destinati alla speculazione* (ossia ad oggetto di commercio): tutto questo per concludere, che un viaggiatore *che ha perduto un baule* può aspettare trent'anni meno un giorno per reclamarlo.

Mi permetto insistere sopra un argomento di tutta attualità. Io non faccio che rilevare l'errore di questa decisione, ed avvertire i tribunali a guardarsene.

Chiara è la conseguenza, che se il vettore non fa la professione e non è commerciante, non si parlerà di questa prescrizione *sui generis*, e si avrà tutto il tempo concesso all'esercizio delle azioni personali dal Codice civile (4).

TITOLO V.

DEI CONTRATTI COMMERCIALI IN GENERE

Articolo 89.

I contratti commerciali sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal Codice civile.

316. *Di due diversi sistemi, l'uno dei quali non considera la legge commerciale che quale eccezione alla legge civile; l'altro, ravvisandone la indipendenza e la ragione propria di essere, ritiene che anche dove la legge commerciale non dispone espressamente, si possa avere una norma direttiva dedotta dallo spirito della istituzione dagli usi e dalle consuetudini, ecc.*
317. *Ciò che vi ha di razionale e vero in questo secondo sistema, e coerente alla nuova legge.*
318. *Criteri che si pensa di poter proporre.*

316. Il titolo del quale veniamo ad occuparci, e in gran parte il seguente, sono opera moderna, e quantunque cose nuove non si possano nè debbano pretendere, perchè i veri

(1) TROPLONG, *Louage*, nº 928; ZACHARIÆ, § 373.

(2) DALLOZ, *Répert.*, vº *Commission*, num. 504; PARDESSUS, num. 554; PERSIL e CROISSANT, nº 267; DUVERGIER, vº *Louage*, num. 322; DEVILLENEUVE e CARRETTE, *Collection nouvelle*, t. VI, part. II, p. 291; ALAUZET, *Comment.*, num. 493; DUVERDY, nº 110.

(3) Tribunale consol. di Torino, 29 maggio 1850 (*Gazzetta dei Tribunali*, 1850, pag. 551).

(4) Un esempio autorevole è contagioso. La Cassazione francese aveva deciso precisamente in questo senso, nel 1815, nella causa di Bessardon contro il vetturale Lacombe. « Attendu que l'art. 108 « du Code de commerce est inapplicable au transport d'un malle qu'un particulier confie à un « commissionaire de roulage pour le faire parvenir « a sa destination.... » (SOSSI e MONTAGNINI, *Manuale*, pag. 532).

Digitized by Google

preesistono alla loro manifestazione giuridica, è sempre utile incremento al Cod. di comm. l'avere i più opportuni rammemorati, ordinati, e specificati con chiaro e preciso linguaggio.

Questo articolo sembra avere sciolta una gran lite, o almeno avvicinate le opinioni a meglio intendersi sopra una questione di principio che deve determinare l'indole caratteristica della legislazione commerciale nelle sue attinenze colla civile. Già per lungo tempo si è detto e si dice ancora, che la prima è eccezionale, e questa la universale e dominante; e niuno ha inteso di farne una disputa di parole, ma vi annette una ragionevole importanza che d'ora in ora le applicazioni pratiche vengono a rivelarci. Qualche insigne uomo, come Frémery, deplorava, che non si fosse eretto un Codice commerciale distinto dal civile e sciolto da qualunque dipendenza per farla finita una volta coi *casi dubbi* e coi pericolosi richiami a quella che si chiama regola del diritto comune. Scrittori di gran conto non sanno capacitarsi come la legislazione commerciale non sia che una ramificazione della civile; o, peggio, una specie di derogazione, al dire di altri; mentre non veggono in essa che un corpo sostanziale e tutto proprio di leggi a un dato ordine di bisogni e relazioni sociali, come nel suo genere il Codice penale (1). Grave è la conseguenza pratica che se ne vuol dedurre, che dove le leggi commerciali risultino insufficienti, non al Codice civile debba riportarsi, ma bensì alla equità e alle consuetudini del commercio.

Necessariamente quest'idea incontra numerosi oppositori, ed essi hanno strada fatta nel tecnicismo costante dei giureconsulti d'ogni paese che si sono occupati dei lavori preparatorii ai Codici, e in quello dei magistrati giudiziari; non si fa che ripetere che le leggi del commercio non sono che leggi di eccezione. Che il Codice di commercio *non fosse che una deroga* fatta per una specie di penosa necessità al civile, ritorna in tutte le discussioni preliminari alla formazione del Codice di commercio francese, onde Béranger nel seno del Consiglio di Stato, era tratto a dire: « Mais « il était inutile de faire un Code de com« merce, s'il n'était pas permis de *déroger* en « faveur de commerce *à la législation ordinaire* » (Locré, tom. xvii, pag. 145).

Chi tolse a combattere la opinione contraria (2), si è preoccupato principalmente delle conseguenze. Dove il Codice di commercio non dispone e non arriva nella calcolata parsimonia delle sue disposizioni, è pur d'uopo, dicono gli opponenti, trovarsi sopra un terreno solido, sicuro, uniforme; e se si vuol prescindere dal Codice civile e appoggiarsi in qualche altra cosa, come a dire negli usi del commercio, non saria più possibile l'intenderci; oltre la varietà di tali consuetudini secondo i diversi paesi, non avremmo più regole scritte (la codificazione è l'incubo dei tempi moderni), e ci mancherà nel momento del bisogno sotto i piedi la legislazione. Tanto più questo argomento dovrebbe valere per noi Italiani, che non abbiamo, come i Francesi, un fondo di antiche leggi commerciali rimaste in vigore, e alle quali il legislatore, tacendo, abbia avuto in animo di riferirsi. In questo sistema non si contesta però, che uno spirito proprio delle transazioni commerciali non debba animare l'applicazione, e quindi risvegliare un modo d'interpretazione speciale, e per così dire indipendente dai placiti d'ordine civile; ma dicono ciò appartenere alla dottrina. Nei suggerimenti della equità, che suole appellarsi la legge primaria del commercio (3), temono l'incerto, l'arbitrario, e, finalmente, l'anarchia. Ciò non accadrà sempre, concludono questi scrittori, per la temperanza e il buon senso degl'interpreti; ma una volta lanciato il principio, non si può descriver limite alle conseguenze che ne verranno, tanto più da temersi perchè saranno legittime (4).

317. Io sento tutta la forza di tali considerazioni. Bisogna intanto ristabilire il linguaggio che non si abusa mai impunemente in fatto di legislazione. Cessiamo una volta da quella rancida e uggiosa locuzione *di leggi eccezionali*. Ogni corpo di legislazione, essenzialmente distinto da un altro (5), si aggira in una sfera

(1) Delamarre e Poitvin, *Contrat de commiss.*, tom. iii, num. 45 e seg.

(2) *Revue de la législation*, 1844, tom. v, nuova serie, xxi della collezione, pag. 325.

(3) « In materia commercii omnes juris regulæ « silere debent et non attenduntur *quando æquitas « et bona fide aliud servari dictat*, modo publici « commercii bono non repugnet, sed faveat » (Casaregis, disc. 190, num. 13).

(4) Massé, *Droit commercial dans ses rapports*, etc.; Dufour, *Introduction au droit maritim*; Alauzet, *Comment.*, num. 588.

(5) Codice penale: Codice amministrativo; Codice di procedura; Codice di marina; Codice di commercio. « Il en est de la jurisprudence con« sulaire comme de toutes les autres; car, si les « autres ont leur statuts et coutumes particulières, « la jurisprudence consulaire a aussi des maximes « que lui sont propres; elles ont été toutes éta« blies pour la sûreté et l'utilité du commerce » (Toubeau, *Inst. de droit cons.*, liv. ii, t. i).

Digitized by Google

di idee sue proprie; contempla il proprio oggetto; è sostanziale, e non esiste per eccezione ad altre leggi. *Eccezione* è restrizione, limitazione di una regola generale a servigio di casi particolari; un *jus singulare* indotto *propter utilitatem*: infine una deviazione del principio e una concessione alle esigenze di certi bisogni e di certi rapporti, diciamolo pure, eccezionali. Il Codice di commercio vive di vita propria, ed estende il suo impero sopra un campo immenso di fatti tolti al dominio del Codice civile.

Rimossa per sempre questa triste nomenclatura *di leggi eccezionali*, e detto anche una volta che la legislazione commerciale esiste per sè, e si concepisce indipendente da ogni altra, si è già fatto un passo nella questione di fondo, che consiste in sapere se, non provvedendo la legge di commercio, il Codice civile sia sempre e assolutamente obbligatorio come dovrebb'essere se dominasse qual legge comune anche in fatto di commercio in tutti i casi nei quali non ha subito una deroga espressa.

È verità di fatto e di continua esperienza, che le relazioni del commercio che si presentano al fòro o alla dottrina per essere riconosciute od affermate, trapassano in gran parte le prèvisioni del Codice, e hanno bisogno di essere, a dir così, avvalorate e integrate dai sussidi della ragione, dagli usi, dalle pratiche, dal senso della istituzione e dal concorso più o meno immediato delle leggi civili. Io ho detto sul principio, che la forma dell'articolo 89, che non contiene altro che questo concetto in più semplici parole, offre una specie di terreno neutrale sul quale le opinioni possono accordarsi.

Vero è che vi si parla *di contratti* anzichè di legislazione commerciale, come suona il titolo; nondimeno ciò che vi è meglio raffigurato è la legislazione, mentre, in ordine a contratti, suprema legge è la volontà. Ed ivi non è scritto che il Codice civile, nel silenzio del Codice di commercio, deve regolare i contratti; ma vi è pure considerato un terzo elemento di maggiore elasticità, *gli usi particolari del commercio;* e si dichiara che da questo *insieme o complesso* sono regolati i contratti commerciali.

Che la legge civile di un paese non possa compiutamente supplire ai silenzi, alle omissioni più o meno necessarie e calcolate del Codice di commercio, e rappresentare con perfetta omogeneità di disposizione tutto ciò che esso non dice o non può dire, basta ricordare che ogni Codice di commercio, che ne meriti il nome, ha nell'ufficio suo un'espansione che può dirsi mondiale, formando colle legislazioni degli altri popoli commercianti quasi un tutto armonico e correlativo (1). Perciò i legislatori hanno cura di venire di tempo in tempo esprimendo nelle loro riforme quei nuovi usi, quei trovati, quelle combinazioni che erano già entrate nella vita giuridica dei popoli commercianti senza chiederne loro il permesso; che nel continuo progredire delle umane industrie formano a mano a mano come tante appendici alla legislazione, e vengono a formularsi più tardi: trascurati dai legislatori, si piantano nella giurisprudenza e vi mettono salda radice.

318. Non essendoci permesso di prolungare questa discussione, subordiniamo agli uomini competenti il nostro sistema.

Regola suprema nei fatti commerciali, la legge scritta nel Codice di commercio: nessun dubbio. Dove la legge è muta, subentra immediatamente la usanza commerciale, e tien luogo di legge (2). A questi due criteri principali si aggiungano i seguenti.

Ravvivare la disposizione commerciale col proprio spirito, colla sua ragione di essere, interpretarla con quelle analoghe che possono trovarsi nello stesso Codice di commercio, quando si può ritenere con fondata ragione che il Codice civile non avrebbe disposto in quel dato modo se avesse avuto in contemplazione le particolari esigenze del commercio (3). La

(1) La qual cosa venni notando anche nei primi numeri del commentario. Emérigon, nella celebre sua opera (préface, pag. 2), parlando della legge commerciale, dice: « Celle-ci se gouverne par des « règles qui sont partie du droit des nations, et « qui, par conséquent, sont de tout âge et de tout « pays — *non opinione sed natura id constitutum* « *est* ».

(2) Diamo un esempio tolto da una parte del Codice, già spiegata nel nostro commento. La *polizza di vettura* si stilava all'ordine e al portatore prima dell'odierno Codice; e quindi era girabile. Chi mai sarebbe stato tentato di ricorrere al Codice civile per impugnarne la legittimità, non essendovi altro rimedio che rivolgersi ad esso nel silenzio del Codice di commercio?

Si è detto che l'usanza commerciale non è un terreno solido, e si può di leggieri scivolare nell'arbitrio. Ma l'obbiezione non è seria. I giudici non arbitrano apprezzando i fatti esistenti e reali, eziandio universali.

(3) Di questo vero si ha luminosa la prova in soggetto di vendita che prossimamente veniamo a trattare. Ivi si vedrà che quantunque niuno de'

Digitized by Google

ragione stessa del commercio attribuire alle contrattazioni un carattere particolare; le obbligazioni farsi a volta a volta più strette e rigorose nell'interesse dei terzi, che sono sempre i protetti del commercio (1); ed ora, per causa di equità, e per un senso che forse i soli giudici commercianti intendono a perfezione, le convenzioni spiegarsi più largamente fra le parti medesime, ed eseguirsi secondo i consigli della buona fede anzichè secondo i dettami di un diritto più severo proposto alle transazioni ordinarie estranee al commercio.

Finalmente si ha il gran fondo del Codice civile che governa le relazioni giuridiche ordinarie e primitive sul fondamento del gius naturale indipendentemente dalle combinazioni tutte proprie, al regolamento delle quali si dedica la legge di commercio.

Stabilita nei pratici risultamenti questa vera e grande partizione del diritto commerciale e del civile, retaggio della buona scuola italiana, e fondata nel principio di naturale indipendenza delle due legislazioni, si scorge come debba essere temperato e fatto più lento, per così esprimermi, il dominio della legge civile, che cadendo di tutto il suo peso a riempiere i vuoti e le apparenti lacune lasciate dal Codice di commercio, potrebbe soffocarne la rigogliosa e possente natura, e ostare a quegli sviluppamenti di cui il commercio in generale ha bisogno. Forse non sarebbe utile nemmanco l'ideare un Codice di commercio minuzioso, irto di precetti, e regolamentare; come il Codice di procedura civile, che pure è biasimato, e non a torto, di troppe regole. Una certa larghezza a comodo dei fatti; una certa tal quale libertà alla interpretazione delle convenzioni; un certo spazio, aggiungerò anche questo, a nuove combinazioni, a nuovi ritrovamenti di cui l'ingegno dei commercianti è fecondo, bisogna lasciarlo: e il voler preveder tutto sarebbe, peggio che una presunzione assurda, un ostacolo, un impedimento al progresso. Siamo altresì d'accordo, che non vi hanno ad essere privilegi di classe, favori largiti ad un esercizio per motivi politici, per l'interesse dell'erario e simili: e in questo senso chiameremo diritto comune quello che ha per base la uguaglianza di tutti i cittadini negli ordini della giustizia (2).

Articolo 90.

Nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido se non vi è convenzione contraria.

La stessa presunzione ha luogo per il fideiussore anche non commerciante, che garantisce un'obbligazione commerciale.

319. *Come non essendo ancora fermato il principio per legge positiva, le dottrine intorno alla solidarietà dei correi debendi per obbligazioni commerciali fossero oscitanti, secondochè considerassero la ragione commerciale in se stessa, o la subordinassero per assoluto alla disposizione della legge civile.*

320. *L'obbligazione commerciale dev'esser tale in se stessa e non per presunzione, onde il non commerciante possa ritenersi solidalmente coobbligato con persona commerciante verso il creditore pure commerciante.*

---

nostri Codici di commercio si occupasse delle regole della vendita, non si poteva però supplire in tutto colle norme del Codice civile, mentre gli usi e i bisogni del commercio ne esigevano delle diverse.

(1) Il seguente articolo 90 n'è una dimostrazione. Il Codice di commercio non conteneva quel disposto che nelle *obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido;* ma la idea era penetrata nelle dottrine e nella giurisprudenza, e non si faceva già ricorso di tratto alle diverse ordinazioni del diritto civile. Così si dirà di altri casi che non hanno ricevuta nella legislazione la loro formola solenne.

(2) Scritte queste poche cose sopra un argomento, che potrebbe meritare maggiore sviluppo, ma che io non posso darvi, ho avuto il piacere di leggere (*Annali della giurisprudenza*, Firenze 1866-1867, dispensa XVI) una bella monografia dell'avvocato EMANUELE OTTOLENGHI, nel quale la gentilezza dell'animo e la dottrina vanno del pari. Mi compiaccio di essermi trovato d'accordo con questo giovine e simpatico scrittore. Non ho creduto di aggiungere a quello che avevo scritto, facendo soltanto osservare che, *oltre gli usi del commercio* (consultare i quali ci è prescritto dall'articolo 89 prima di accettare come stanno i responsi del Codice civile), vi ha quello spirito d'interpretazione e di applicazione di cui parla sì spesso CASAREGIS: e che io pure, nel modo con cui ho potuto, sono venuto dichiarando.

Digitized by Google

321. *Utilità della nuova disposizione contenuta nel capoverso. Stato precedente della giurisprudenza e della dottrina.*
322. *Posto che la obbligazione sia commerciale, il motivo della fideiussione non influisce sugli effetti della fideiussione medesima; che sia a concludersi quando unico atto comprende obbligazioni commerciali e civili garantite da un terzo.*
323. *Il creditore può alla scadenza convenire il fideiussore solidale senza interpellare il debitore principale: contro una dottrina del* Pardessus.
324. *Delle lettere di credito e di raccomandazione.*

319. È noto il principio della legge civile sulla solidarietà delle obbligazioni: « L'obbligazione in solido non si presume, ma dev'essere stipulata espressamente. — Questa regola non cessa fuorchè nei casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo di diritto in forza della legge » (articolo 1188 del Codice civile) (1). E corrisponde perfettamente al 1202 del Codice Napoleone.

I Codici di commercio non pronunciarono una teoria generale intorno alla solidarietà, e lasciarono così maturare il problema nel crogiuolo della esperienza e nelle applicazioni dottrinali. Naturalmente la scuola giuridica (che io voglio qui distinguere dalla razionale) fu pronta a dissipare ogni argomento che fosse per dedursi dalla diversa natura dei fatti e dallo spirito della legislazione commerciale; e corse a rendere il suo omaggio cieco e indiscutibile al Codice civile. Frémery, uno degli scrittori più progressisti in ragione commerciale, ha creduto di poter dire che, quantunque il Codice di commercio, come la originale Ordinanza del 1673, si fosse limitato a stabilire la solidarietà fra gli associati in nome collettivo quando l'impegno è preso in nome della ragione sociale, ciò nonostante « tous les auteurs qui ont écrit sur le Code de commerce ont admis que l'obligation souscrite par deux commerçants *est de pleine droit solidaire* » (2).

Ciò però non era in tutta la estensione traveduto da Frémery; oserei dire che l'opinione contraria ha in Francia il maggior numero dei seguaci. Orillard (3) faceva un discorso molto semplice. Proponendo a se stesso se il non commerciante che garantisce un debito commerciale, faccia atto di commercio, e possa esser condannato anche con arresto personale, rispondeva con un dilemma che nella mente sua doveva essere invincibile. È forse per ragione di persona? No, perchè in ipotesi il mallevadore non è commerciante. Per legge? no, perchè non ve ne ha alcuna che dichiari che accedere alla obbligazione di un commerciante in qualità di fideiussore (senz'assumerla espressamente) importi la solidarietà (4).

Gli scrittori francesi, che rappresentano l'ultimo stato della dottrina, non sentono in altro modo. Massé (5), e con lui Alauzet (6) e Duranton (tom. ii, nº 96), respingono la solidarietà dal caso in fuori che non si riscontri nell'obbligazione di più commercianti l'elemento sociale.

Di fronte al nostro articolo 90, questa breve memoria non avrebbe che qualche interesse storico; io però ne deduco argomento a conferma delle cose discorse intorno all'art. 89. Si nega la solidarietà perchè non si vuol ragionare sull'indole propria di un'obbligazione commerciale, e non si conosce altro regolatore che il Codice civile, che comprende il *jus uni-*

(1) « Esempi nei quali l'obbligazione in solido deriva dalla legge, si hanno nell'articolo 259 quanto al marito della binuba; nell'articolo 910 per gli esecutori testamentari; nell'articolo 1590 in caso d'incendio e sino a un dato punto; nell'art. 1726 rispetto alle obbligazioni dei soci per i debiti sociali; nell'articolo 1756 circa i mandati per un affare comune, ecc. (Cattaneo e Borda, *Codice civile italiano annotato*, articolo 1188).

(2) *Etudes*, pag. 24 e seg.

(3) *De la compétence*, nº 251.

(4) E cita in appoggio Despréaux, *De la compétence*, num. 532; Nougier, *Tribunal de comm.*, pag. 305; Corte di Bruxelles, 20 ottobre 1830. Carré, in opposto, aveva osservato che tale obbligazione ha una indole commerciale; d'altronde non potersi comprendere come, trattandosi d'unico debito e d'unica azione, un debitore debba citarsi, perchè commerciante, alla giurisdizione commerciale; e il non commerciante, mallevadore, alla giurisdizione civile. Orillard rispondeva: ebbene, ama il creditore di fare un solo giudizio? Porti la sua istanza avanti il Tribunale civile contro amendue! Con gente sì pieghevole un argomento fa sempre poca presa.

(5) *Droit commercial*, tom. v, num. 7 a 14; Dalloz, *Répert.*, vº *Obligat. solidaire*, num. 19.

(6) *Comment.*, num. 509. Si è anche voluto trarre nella schiera una grande autorità, che è quella del Pardessus (*Droit commercial*, num. 482); ma se io non lessi male, questo scrittore non esprime punto una sentenza sì favorevole a quella opinione come si pretende.

Digitized by Google

versum, al quale il Codice di commercio non è che una semplice appendice. Mi permetto di recitare queste parole di ALAUZET: « La solidarité existe de plein droit, *quand il y a* « *société; là est la dérogation aux règles du* « *Code Napoléon*, *mais elle est formellement* « *écrite dans l'article 22 du Code de commerce.* « Dans tout autre circonstance, les règles sont « les mêmes en droit civil comme en commercial; *et l'article 1202 du Code Napoléon* « *forme le* DROIT COMMUN, *auquel il faut se* « *soumettre* ».

La scuola razionale ha avuto un dotto propugnatore nel professore RODIERE (1); e più recentemente nei sig. DÉLAMARRE e POITVIN, che da un esame secondario si sono elevati alla questione di principio (2).

320. Era tempo di risolvere in modo autentico tutte queste disputazioni. Si è data ragione a quelli che l'avevano, a quelli cioè che non volevano chiedere al Codice civile la decisione di una tesi commerciale, e si è fissato, come si doveva, il principio opposto a quello sancito nell'articolo 1188.

Condebitori vale *coobbligati:* è sempre debitore chi si obbliga sia a prestare un fatto, sia a prestare una cosa. Chi si obbliga a prestare *un fatto* diventa debitore *di cosa* se non adempie la obbligazione.

L'*obbligazione dev'essere commerciale:* non è adunque la qualità delle persone commercianti che pone in essere la solidarietà: è la materia dell'obbligazione. Due o tre commercianti che si uniscono a prender in affitto una possessione, non si obbligano per questo solo solidalmente. All'incontro un non commerciante che si obbliga con un commerciante; più: due non commercianti che assumono una obbligazione commerciale (operazioni di banca, di cambio; una impresa di manifatture, ecc.) sono obbligati solidalmente, benchè non facciano la professione di commercio; o meglio con tali atti diventano commercianti.

Se non che « i contratti e le obbligazioni « dei commercianti (fra commercianti) » sono riputati dalla legge atti di commercio « se « l'atto stesso non dimostra che non hanno « causa commerciale » (articolo 3 n° 3).

Questo articolo fu esposto nei nostri numeri 53, 54, 55. Si osservò al n° 54 che colla dizione *la legge reputa atti di commercio*, non fa che esprimere una presunzione nascente dall'abitualità di commerciare. Qui può sorgere una questione non lieve. La legge, nel l'articolo 90, ha voluto significare *obbligazioni commerciali, che tali sono in se stesse*, già divisate nella lunga serie dell'articolo 2, o pur anco quei *contratti* e *obbligazioni* che non hanno che la presunzione di commercialità dedotta dalla qualità dei contraenti?

Il motivo di dubitare sta in questo: che un debito di tanto rilievo, siccome quello della solidarietà, sarebbe fondato *in una presunzione di presunzione;* si comincia cioè dal presumere che due contraenti commercianti, perchè tali, convengano ad oggetto commerciale, quantunque l'oggetto commerciale non risulti; poi si viene all'altra presunzione, che un non commerciante che si obbliga insieme ad un commerciante in un affare che non ha esteriore ed apparente carattere commerciale, voglia obbligarsi solidalmente come in atto commerciale proprio ed espresso (3).

Per la soluzione affermativa può dirsi, che il non commerciante, mettendosi in questa lega, sapeva bene che il contratto andava a stabilirsi fra persone esercenti il commercio; non poteva ignorare che i loro atti e contratti si ritengono per legge operazioni di commercio; quindi coobbligarsi con taluno di essi era un convenire commercialmente, e perciò solidalmente in virtù dell'articolo 90. Quello che interviene fra due commercianti non è forse un'obbligazione commerciale come un'altra, quando l'atto stesso non escluda la causa commerciale? Perfetta dunque l'applicazione di questa legge.

Ma io credo che la soluzione negativa sarebbe migliore. Io ritengo che *obbligazione commerciale* debba intendersi quella che tale

(1) *De la solidarité et de l'indivisibilité*, Parigi-Tolosa, 1852, num. 255 e seg. Egli mostra che la dottrina anteriore ammetteva la solidarietà di diritto nelle obbligazioni commerciali, citando CARONDAS (Pandectæ juris gallici, lib. II, cap. XXXVI); VINNIUS (*Instituta*, Tit. de duob. reis deb., § 1: *Plane secundum generalem consuetudinem Antuerpiæ inter mercatores observatam*, *dicta novella locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, ad solutionem totius adstringere;* PEREZIUS (*Prælection. codicis*, lib. VIII, tit. XL, num. 16); POTHIER (*Traité des obligations*, num. 226); BORNIER, *Sull'Ordinanza del 1673*). Noi dobbiamo dunque ai moderni lo scadimento di questa sana dottrina.

(2) Vedi i nostri num. 316, 317.

(3) Per esempio Tizio, non commerciante, prende dei danari a mutuo con Caio, commerciante, da Sempronio, pure commerciante: i primi due si obbligano in comune senza esprimere la solidarietà, e danno ipoteche sui loro beni rispettivi al mutuante.

Digitized by Google

è e tale si dimostra: non quella che dalla qualità delle persone si presume, mentre il carattere dell'atto non ha una ben decisa impronta commerciale. Ciò che è presunzione fra commercianti, non la è per chi non esercita questa professione; e la questione è finita. Se dei due estremi contenuti nell'articolo l'uno concorre, la *obbligazione congiunta*, non si avvera l'altro, che la obbligazione sia commerciale dal lato del non commerciante. Onde stimo valere il principio *Diversa causa est voluntatis expressæ, et ejus quæ inest* (1). Il Codice di commercio riconosce il contratto commerciale da una parte e non commerciale dall'altra, come si pone apertamente nell'articolo che viene appresso.

—

321. Il fideiussore si trova in una linea più remota dalla obbligazione che il coobbligato (2), e nonostante la legge dichiara esistere anche a carico suo la *stessa presunzione*. Anche in tale disposizione si manifesta la prudente saggezza dei nostri legislatori, che ha veduto come fosse utile fissare per sempre questa relazione, preconizzata è vero dalla giurisprudenza in molte decisioni (3), nondimeno qualche screzio si aveva (4); e la dottrina veniva avanti colle sue distinzioni argute che molto non contribuivano a semplificare la controversia.

I criteri si concretavano sulle seguenti ipotesi: *a*) se la fideiussione fosse assunta da persone commercianti; *b*) se fosse dichiarata semplice o solidale; *c*) se la causa apparisse civile o commerciale; *d*) quale forma avesse; *e*) se fosse o no contrastata in giudizio; *f*) se la causa espressa fosse unica o da riputarsi principale (5).

322. Camminando in tal direzione, ci è dato di aggiungere qualche schiarimento su questa legge.

Fondamento di questo come del precedente disposto *è la obbligazione commerciale*, non presunta, non possibile, non equivoca; ma indubitata e palese (6); e allora la legge presente trova la causa diretta e generale della sua applicazione nell'interesse del commercio; e si trae corresponsabile e solidale il fideiussore, malgrado l'atto contenga espressioni denotanti il suo disinteresse ed anzi il proposito di favorire, giovare, beneficare il garantito. Quindi non posso approvare una decisione della Corte d'Angers dell'8 febbraio 1830 (che cito ad esempio, e ne potrei citare altre, e qualcuna della Corte suprema alla quale ho l'onore di appartenere), nella quale si disse, che avendo due fratelli mallevato per un loro fratello in causa commerciale, dovevasi ritenere atto di fraterna benevolenza, e non aver voluto immischiarsi in operazione commerciale. Io sento il bisogno di ricordare fortemente che il *motivo della fideiussione* non ha la menoma influenza sulla estensione della obbligazione fideiussoria, e non si è mai ricercato se il fideiussore sia interessato nel negozio, anzi secondo l'indole di siffatta obbligazione deve credersi che non lo sia, ma operi per favore e in grazia altrui. Niente osta che un fratello, un parente qualunque, stimando che l'affare sia ottimo e da produrre i migliori guadagni, si aggiunga perciò alla obbligazione per far del bene al fratello, all'amico; e certo gli dà una prova indubbia dell'affezione e benevolenza sua. In effetto però si obbliga secondo che porta la natura della sua fideiussione; e non può esimersi nel caso nostro dalla solidarietà se non dichiarando di non volerla assumere.

Vero è che la specie di fatto potrà presentarsi di maniera al giudizio che la fideiussione

(1) Leg. 138, § 1, Dig. de verb. obl. O l'altra regola: *Nonnunquam contingit ut quædam nominatim expresse officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura*, Leg. 52, Dig. de cond. et demonstr.

Questo enunciato dottrinale riceve solenne conferma dal capoverso, come ora vedremo.

(2) Non avendo il fideiussore, almeno apparentemente, un interesse diretto nel negozio.

(3) Magistrato d'appello di Genova, 11 gennaio 1833 (BETTINI, part. II, pag. 31); Senato di Genova, 25 ottobre 1839; Consiglio di Nizza, 26 agosto 1811; Consol. di Torino in più sentenze riferite nella Collezione del MANTELLI (*Giurisprudenza commerciale*, I. 282 e seg.; Senato di Genova, 4 marzo 1813 (GERVASONI, 1833, pag. 491); Gran Corte civile di Napoli, 31 luglio 1835 (AGRESTI, Decisioni, tom. VII, pag. 276); Corte di Chambéry, 6 giugno 1863 (*Journal du Palais*, pag. 106, ecc.

(4) La cauzione di un debito commerciale fatta da un individuo non commerciante non è atto di commercio (Corte d'Orléans, 17 giugno 1840, in causa Erault e Pelisot). Stimo inutile additarne qualche altra, essendo in effetto che ad ogni caso rinasce la questione in Francia; in Italia la giurisprudenza è stata sempre più concorde.

(5) Note dei compilatori del *Journal du Palais* alla decisione citata, 6 giugno 1863; MASSÉ, *Droit commerc.*, tom. IV, num. 2704; DEMANGET sopra BRAVARD, tom. VI, pag. 437.

(6) Vedi ciò che si è detto al num. 320.

Digitized by Google

semplice possa desumersi da argomenti, da conghietture; sì da fatti precedenti (1), come dai modi ed espressioni con cui si è accompagnato l'atto obbligatorio, ma ciò è fuori della questione di diritto.

Se la obbligazione alla quale si accede in qualità di fideiussore si mostri in caratteri equivoci, e sembri contenere elementi di varia natura, si è detto doversi esaminare quale preponderi, se il commerciale o il civile (2): esame che condurrà a decidere sulla qualità ed essenza della obbligazione. In questa disputa il valore e la importanza della fideiussione non entra se non come conseguenza, e riceve qualità da quella che sarà attribuita alla stessa obbligazione.

L'atto invece può esser moltiplice, un complesso di più atti commerciali e civili, ma spiccati e distinti. Il banchiere *A.* possiede tante accettazioni di *B.* per l'ammontare di cinquecentomila lire. Sono vicine alla scadenza, e il banchiere minaccia l'esterminio del debitore. *C.*, che è suo zio e ricco, come soglion esser gli zii, s'interpone e si fa un accordo. Le accettazioni sono prorogate a sei mesi per quanto siano lire duecentomila, e per lo restante del debito, *B.* cede dei titoli di credito e nomi di debitori per centomila lire, e per le ultime duecentomila si obbliga con scritto privato di pagarle in tre anni cogl'interessi al saggio civile. *C.* si firma in fine dell'atto quale fideiussore, e s'intende per tutte le obbligazioni comprese nell'atto. Non vi è nessun dubbio che, rispetto alle obbligazioni cambiarie *C.* è fideiussore solidale, e quanto alle altre fideiussore semplice.

Ond'è chiaro che la forma dell'atto nel quale è apposta la fideiussione non conclude quando si abbia in animo di garantire obbligazioni commerciali; nè osta che l'atto sia separato.

323. Qui si fa luogo ad esaminare, in confronto delle leggi nostre, una teoria di PARDESSUS che meritamente è fra gli autori di diritto commerciale che suole consultarsi fra i primi.

La esporrò colle stesse sue parole: « Lors « même que le cautionnement est solidaire, *le « créancier ne peut le poursuivre avant d'avoir « constaté par une réquisition et en forme lé- « gale le refus de débiteur de remplir son obliga- « tion*, car la caution n'a permis de payer que « autant que le cautionné ne payerait pas » (*Droit commercial*, n° 587). Limita però la teoria quando più fossero i coobbligati come tali, senza esprimere che in mezzo a loro vi sia un fideiussore, un garante.

È vera questa teoria; deve prima il creditore rivolgersi al debitore principale; escuterlo s'egli intenda e voglia pagare, e solo in caso di rifiuto, legalmente stabilito, esercitare le sue azioni contro il fideiussore solidale?

Quali siano i fondamenti della sua dottrina, l'illustre autore non dichiara; ed a me sembra che neppure la legislazione patria vi prestasse appoggio (3). Al contrario noi vediamo nell'articolo 1907 del Codice civile che, data la solidarietà del fideiussore « in questo caso l'ef- « fetto della sua obbligazione si regola cogli « stessi principii stabiliti riguardo ai debitori « in solido ». E per l'articolo 1189 « il credi- « tore può rivolgersi contro uno fra i debitori « *a sua scelta*, senza che il debitore possa op- « porgli il beneficio della divisione ».

Non so se abbia potuto fare un po' di confusione il regolamento prescritto alle lettere di cambio, per il quale il *protesto* ha una ragione propria nella natura di questo effetto commerciale, ed il grande scopo di stabilire un dato certo di partenza per effondere di poi le azioni contro i giratari ed altri coobbligati. Se volesse farsene illazione ad ogni altra obbligazione commerciale, non risultante da lettera di cambio, e comprendere, per così dire, nel benefizio tutti i fideiussori solidali, sarebbe un errore.

Che il fideiussore abbia in questo caso il massimo interesse, e possa opporre le eccezioni che il debitore principale potrebbe opporre; e per conto proprio escutere i libri del creditore, ricercare nei conti correnti la posizione del debitore che potrebbe anche aver pagato; costringere il creditore con interrogatorii, con giuramenti o simili mezzi, secondo le circostanze, non è cosa da revocare in dubbio: ma non bisogna credere che siffatta facoltà che si attiene alla difesa, si generi dal principio insegnato dal PARDESSUS (4). Giunta la scadenza e cominciata la mora del debi-

(1) Per esempio dalla corrispondenza epistolare nella quale fu discusso fra le parti questo punto ed inteso.

(2) Vedi il num. 320, in fine.

(3) Articoli 2021 e 1203 del Codice Napoleone, combinati.

(4) Ecco però com'egli si esprime in questo proposito: « La caution *n'étant obligé de payer qu'au- « tant que le débiteur* qu'elle a cautionné *ne payerait* « *par lui-même*, et quelquefois le cautionnement « n'ayant été donné que pour certaines dettes d'un « débiteur, la caution a intérêt d'examiner si ce « dernier est libéré, etc. ». Questa maniera di discorso potrebbe anche adottarsi al nostro sistema,

Digitized by Google

tore, il creditore può battere senz'altro il fideiussore solidale, *tamquam correum debendi*, senza render ragione del perchè; il debitore principale è forse in istato di decozione, ma il creditore non ha mestieri di provarlo. Vero è peraltro che la qualità di fideiussore non si cancella nella coobbligazione solidale; questo rapporto, ben conosciuto dal creditore, fornisce al fideiussore, convenuto in giudizio, le eccezioni or ora accennate, ed impone al creditore medesimo di agire in modo da non pregiudicare le azioni di regresso del fideiussore verso il debitor principale.

324. D'accordo altresì che per raffigurare una tale posizione di diritto, d'uopo è che ci sia una vera fideiussione, e non qualche altra cosa.

Sono forse vere fideiussioni le *lettere di credito* che si praticano fra commercianti, con questa o simil formola: Voi potete pagare al sig. *V.* portatore della presente L. 30,000 — o anche, le somme che sarà per chiedervi? E non v'ha dubbio essere le lettere di credito vere fideiussioni; le più volte il corrispondente non conosce la persona che si presenta, ed egli non ha altra causa determinante al prestito che la firma dell'amico (1).

Non è facile distinguere le *lettere di credito* dalle *raccomandazioni*. È un passo pericoloso: bisogna guardare dove si mette i piedi. In commercio le raccomandazioni s'interpretano sovente per obbligazioni. Basti il cenno, e non mi arrogo di dar consigli alla nota prudenza dei commercianti.

Articolo 91.

Se il contratto è commerciale per uno dei due contraenti e non commerciale per l'altro, le obbligazioni che ne nascono sono regolate dalla legge commerciale o civile, avuto riguardo alla persona del convenuto.

Ma se l'obbligazione dipende da un titolo scritto, la prova della liberazione non è ammessa che a norma del Codice civile.

325. *Osservazioni critiche sulla prima parte dell'articolo* 91.
326. *Proposta di massime giuridiche ad illustrazione di questa legge.*
- a) *Ove sorga questione sulla qualità del contratto e sulla competenza.*
- b) *Come il tribunale civile possa dichiararsi incompetente.*
- c) *Se avanti il tribunale civile sia attaccata per cause intrinseche la esistenza del contratto che per una parte è indubbiamente commerciale.*
- d) *Come il tribunale civile possa giudicare colle norme civili il contratto rapporto al non commerciante.*
- e) *Se il fideiussore non commerciante possa oppugnare il contratto principale colla scorta delle leggi civili per far cadere la propria garanzia.*
- f) *Se il fideiussore, non commerciante e non solidale, debba essere citato in ogni caso avanti il giudice civile; o se il giudice di commercio sia reso competente quando il fideiussore è citato insieme al debitor principale commerciante.*
- g) *Se il fideiussore non commerciante e solidale possa esser citato solo avanti il Tribunale di commercio.*

327. *Schiarimento al capoverso.*

---

325. Vi sono delle convenzioni essenzialmente civili (2); altre essenzialmente commerciali (3); sta di mezzo una materia che io direi quasi neutrale; una materia che può anch'essere istrumento alle vivaci, rapide e azzardose opere del commercio; non lo è però di natura sua, nè perchè si vegga predestinata o almeno disposta a quel fine, ma solo perchè cadendo in mano ad un uomo che esercita la professione di commerciante, è ragionevole il

---

essendo alquanto ambigua: ma sta sempre che le particolari difese che spettano al fideiussore, eziandio solidale, sono speciali alla sua qualità; e non derivano dall'obbligo di esercitare l'azione creditoria in un momento anzichè in un altro.

(1) Pardessus, num. 585.

(2) Vendite d'immobili, costituzioni di dote, donazioni, ecc.

(3) Operazioni di banca, imprese di manifatture e di commissioni, spedizioni marittime, ecc.

Digitized by Google

credere ch'egli voglia servirsene a' suoi usi abituali: quindi è che un contratto, quantunque non abbia verun carattere estrinseco propriamente commerciale, si reputi commerciale per questa ragione (1).

Un commerciante compra derrate da un proprietario in quantità eccedente gli usi ordinari di una famiglia che non sia quella di un convento; e subito si crede, senz'altro esame, ch'egli ha in animo di rivenderle e di farne traffico. Il proprietario che gli vende i prodotti delle sue terre fa un contratto civile. Un banchiere prende a mutuo 200,000 lire da un capitalista, è chiaro ch'egli vuole impiegarle in commercio; il capitalista che ritrae il modesto lucro del cinque per cento e si fa dare una ipoteca, fa egli pure un contratto civile (2).

La ipotesi si può spingere più oltre. La ragione commerciale dell'atto per uno o per più contraenti può essere espressamente dichiarata, non soltanto supposta; e tuttavia alla operazione commerciale rimanere estranea l'altra parte che vi somministra la materia.

Così un contratto unico presenta il singolare fenomeno di essere insieme commerciale e civile, secondo il punto di vista da cui i singoli contraenti sono partiti. Un contratto unico si giudica rispettivamente a norma delle leggi civili e commerciali; e la sua cognizione è recata a diverse giurisdizioni.

Ed è appunto la separazione delle giurisdizioni che rende attuabile un concetto che sembra colpito d'intima contraddizione. Il nostro articolo dice che *le obbligazioni sono regolate dalla legge commerciale o civile*, *avuto riguardo alla persona del convenuto*. È dunque la persona del convenuto che dà il tuono, per dir così, alla musica. A tutta chiarezza è d'uopo ravvicinare l'articolo 725, il quale stabilisce « se l'atto non è commerciale che per « una sola delle parti contraenti, quella che « promuove l'azione, *deve convenir l'altra al* « *fôro commerciale se questa è commerciante*, « *al fôro civile, se non è commerciante* ». Se, per esempio, un tribunale civile giudicasse anche in forma di tribunale di commercio (ove tribunale di commercio non esistesse), vi avrebbe una certa implicanza o difficoltà in questa doppia maniera di osservare lo stesso contratto; ma si trova facile che, dove le due giurisdizioni sono organicamente distinte, ognuna giudichi secondo il proprio istituto, isolandosi dal modo di vedere del magistrato di un ordine diverso. Così Pietro impresario di costruzioni che ha comprato da Paolo proprietario i materiali di una sua fornace, deve citare il venditore al Tribunale civile per averne la consegna; Paolo invece, per esser pagato, deve citar il compratore al Tribunale di commercio. Dopo un precetto così chiaro come quello che risulta dall'articolo 725, non sembra più lecito prorogare le giurisdizioni; e due giudizi, separati di competenza, e separati di norme e direzioni giuridiche, dovranno sempre istituirsi, giusta che l'uno o l'altro dei contraenti sia attore o convenuto.

326. Questa combinazione è stata già censurata da altri scrittori, ma non si è ancora potuto inventarne una migliore. Intanto siamo costretti a prender qualche anticipazione sull'articolo 725, perchè l'argomento non si può scindere in tutto.

Qualcosa di sostanziale ci dovrà pur essere in un contratto unico, e qualcosa di comune ai due giudizi, di che nascerà una questione di gran conto: se il primo tribunale sentenziante formi colla sua decisione una cosa giudicata che l'altro tribunale dovrà a sua volta rispettare onde non nasca sentenza contro sentenza, e quindi una intollerabile confusione nei giudizi. Ma questo tema che ora non è necessario esaminare, vogliamo riservare all'esposizione dell'articolo 725.

Ci basti ora fermare alcune proposizioni a schiarimento di questa legge.

a) Ove sorga questione sulla qualità del contratto, e quindi sulla competenza, i principii regolatori del contratto non sono più determinati *avuto riguardo alla persona del convenuto*, ma giusta le norme generali di ragione.

A. commerciante cita *B.* non commerciante avanti il Tribunale di commercio, ritenendo siasi costui obbligato commercialmente e non civilmente, trattandosi di una obbligazione commerciale per amendue le parti. Il Tribunale di commercio decide sulla natura e qualità del contratto; e trovando che la obbligazione è civile dal lato del non commerciante, lo assolve dalla osservanza del giudizio; e il commerciante deve convenirlo avanti la giurisdizione civile (3).

(1) Vedi i nostri num. 31, 32, 33.

(2) È classico l'esempio del biglietto all'ordine (articolo 723, num. 2). Ma è anche una specie particolare, della quale non occorre qui far parola.

(3) Fa eccezione a questa regola l'articolo 725, num. 2, in materia *di lettere di cambio e di biglietti all'ordine* che portano la firma di commercianti; non volendosi, per ragioni che diremo a suo luogo, dividere la cognizione di tali atti.

by Google

b) Il Tribunale civile investito della cognizione dell'affare ad istanza di un commerciante contro un non commerciante, può anche pronunciare la propria incompetenza qualora ravvisi il contratto essere commerciale.

È vero che avendo il commerciante riconosciuta la competenza del giudice civile, sembra con ciò avere ammesso senza contrasto che il non commerciante non ha con lui un impegno commerciale. Ma noi passiamo immaginare che la questione interessi ad altre persone; qualche volta un commerciante ha i suoi fini, e gli conviene che il contratto sia ritenuto piuttosto civile che commerciale anche per conto proprio. Ma un terzo al quale interessa il contrario, un socio, verbigrazia, che reputa il non commerciante commercialmente obbligato, interviene nel giudizio; e insiste perchè il giudice si dichiari incompetente.

Più. Appartiene all'uffizio del giudice il conoscere se l'affare nel suo intrinseco e nella sua realtà sia civile o commerciale. Dall'alto e importante principio che le giurisdizioni sono oggettivamente e per cause d'ordine pubblico distinte fra loro, la giurisdizione civile non può essere considerata come universale ed assorbente, sicchè basti ad un commerciante invocare il magistrato civile per determinarne la competenza, quasi il commerciante abbia rinunciato al privilegio del fôro.

c) Il Tribunale civile conosce di tutto il contratto, e non soltanto delle obbligazioni che ne derivano al non commerciante, e della sua esecuzione, qualora il contratto sia attaccato nella sua esistenza dalle eccezioni del convenuto.

Se la eccezione è personale, senza dubbio è radicata la competenza del giudice civile. Il convenuto, supponiamo, prova la sua minor età all'epoca del contratto, e non essere stato assistito dal curatore. Così pure se la opposizione sorge dal dolo, dalla violenza dell'altra parte, dalla mancanza di causa, di corrispettivo e via discorrendo, il giudice civile può stabilire che il contratto è invalido e nullo, e coi diritti del commerciante distruggere eziandio i suoi obblighi, le sue responsabilità commerciali.

d) Se la obbligazione rapporto al convenuto è civile, e il giudice civile non può misurarne la ragione e la portata che in relazione alle leggi civili, ne segue ch'egli è eziandio signore della *forma:* esamina cioè e giudica della sussistenza o non sussistenza giuridica del contratto colla scorta delle proprie leggi.

Noi vedremo più sotto che i contratti commerciali possono stabilirsi con mezzi di prova non sempre permessi nelle convenzioni civili. Fra i casi più frequenti vi ha quello di conoscere, se un contratto possa o no provarsi mediante testimoni. Fingiamo un contratto qualunque fra Tizio proprietario e Caio commerciante, per un valore maggiore di L. 500, senza scrittura. Rispetto a Caio la obbligazione è commerciale: per Tizio, no. Il contratto è claudicante nella prova, come lo è in faccia alla giurisdizione. Tizio citato avanti il giudice civile impugna la sussistenza del contratto, facendosi appoggio dell'articolo 1341 del Codice civile. Il contratto è invalido. Invece Caio è citato al Tribunale di commercio: Tizio conferma il contratto chiedendone l'esecuzione: pel giudice di commercio il contratto è valido. La formola *a riguardo del convenuto* riceve così la sua più completa applicazione.

e) Ciò si avvera quando il non commerciante è un contraente principale.

Se invece il non commerciante non è che parte accessoria, un fideiussore, egli non potrà oppugnare la sussistenza giuridica del contratto per non essere stato costrutto colle forme prescritte dal Codice civile, per quanto almeno lo riguarda, e in tal modo liberarsi dalla prestata garanzia. Se la sua fideiussione in obbligazione commerciale non è solidale perchè così è stato convenuto, gli effetti della sua fideiussione saranno più limitati, ed egli non potrà essere costretto per le vie commerciali: ecco il suo diritto.

f) Il non commerciante, pel quale il contratto non è commerciale, quantunque lo sia per l'altra parte, dev'essere citato avanti il giudice civile (1); anche se questo non commerciante sia il fideiussore, non però obbligato in solido.

Il fondamento della risoluzione risiede nel chiaro e letterale disposto dell'articolo 725.

E nella separazione delle giurisdizioni sì bene accentata, è rispettato il principio consacrato dallo Statuto: niuno dev'essere distolto dai suoi giudici naturali (articolo 71). Chi non ha voluto obbligarsi commercialmente, non ha voluto neppure assoggettarsi alla giurisdizione commerciale. I rapporti fideiussorii sussistono tuttavia e mantengono la loro dipendenza giuridica verso la obbligazione principale nei termini che veniamo dall'indicare alla lettera *e:* e ne avviene che, se la obbligazione principale

(1) Eccettuato sempre il caso sopra ricordato, dedotto dall'articolo 725, num. 2.

Digitized by

è commerciale, il fideiussore non può sindacarla coi mezzi civili, come pure si è detto di sopra. Ma la portata della sua propria obbligazione, che nei rapporti della giurisdizione si considera distinta, la sua durata, l'ordine della escussione, ecc., sono qualità e modi di essa obbligazione giudicabile colle norme delle leggi civili.

Condotto da queste idee, io non posso ammettere quella massima che si è veduta trascorrere nella giurisprudenza, che se il fideiussore non commerciante e non solidale è convenuto *insieme al debitor principale*, commerciante, avanti il Tribunal di commercio, esso è competente a giudicarne; ma se è convenuto *separatamente* e *solo*, il tribunale competente è il civile (1).

g) Il fideiussore solidale di obbligazione commerciale, quantunque non commerciante, è citato avanti il Tribunale di commercio, anche solo.

La ragione positiva ella è ch'esso si considera, ed è trattato come un coobbligato solidale (*V.* il nº 323) (2).

327. *Sul capoverso dell'articolo* 91.

Vediamo per questa legge che una obbligazione fideiussoria può esser verbale. Può esserlo certamente se commerciale; se civile, sino alla somma fissata dall'articolo 1341, quantunque accessoria ad obbligazione commerciale secondo i principii toccati al numero precedente, lettera *d*).

Le parole — *se la obbligazione dipende da titolo scritto* — bisogna intenderle *quando il Codice richiede la scrittura*, come si avverte al seguente articolo 93.

Articolo 92.

I contratti commerciali si provano

Con atti pubblici;

Con scritture private;

Con le note dei pubblici mediatori sottoscritte dalle parti nella forma stabilita dall'articolo 46;

Con fatture accettate;

Con la corrispondenza;

Coi libri delle parti contraenti giusta le regole stabilite nel titolo II di questo libro;

Coi libri dei pubblici mediatori secondo le regole stabilite nel titolo III di questo libro;

Con testimoni, semprechè l'autorità giudiziaria creda di ammettere la prova testimoniale;

Con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili.

328. *Introduzione. Considerazioni generali sull'indole della prova civile e commerciale.*
329. *Atti pubblici. Scritture private.*
330. *Note dei pubblici mediatori.*
331. *Fatture accettate.*
Carattere, ufficio e scopo di questo istrumento di credito.
332. *La fattura non è per se stessa un titolo commerciale e negoziabile nel senso più esteso della parola, se non è munita della divisa* — all'ordine o al portatore.
333. *Dell'accettazione della fattura. Se occorra convalidarla colla prova del libro giornale, in confronto ai terzi.*
334. *Corrispondenza. Rinvio.*
335. *Testimoni. Questioni pratiche.*

(1) Fin qui il fôro italiano sembra essere stato fedele a questa massima erronea, come può vedersi in qualche sentenza recente, che non importa citare. In Francia, ove pure prevalse, è stata felicemente abbandonata. Oltre ciò che ne ha detto NOUGUIER, tom. II, pag. 526; ORILLARD, num. 231, basta consultare ALAUZET, num. 2094, che cita molte decisioni. Di fronte poi al nostro articolo 723, mi pare che debba tacere ogni dissenso.

(2) Molto più il fideiussore solidale e commerciante; ma siccome si trova a ridire su tutto, ho veduto qualche periodico muover dei dubbi intorno a ciò. Credo inutile esporli.

a) *Quale dei due sistemi di prova, il civile o il commerciale, sia da preferirsi nascendo questione intorno a contratto commerciale per una delle parti, e non commerciale per l'altra.*
b) Quid *se sia stato introdotto come elemento di corrispettività in un contratto commerciale un titolo di credito di origine civile.*
c) *Stabilito un contratto commerciale mediante scrittura, benchè non necessaria, può ammettersi prova testimoniale contro od oltre quello che indi risulta? Varie ipotesi e distinzioni.*
d) *Se in cause commerciali ed in contratto commerciale avente per oggetto una somma inferiore a L. 500, sia lecito ai giudici negare l'ammissione della prova testimoniale.*
e) *Della facoltà dei giudici commerciali in ordine alla qualità dei testimoni.*

---

328. Sino ad oggi i Codici di commercio si erano limitati a indicarci le sorgenti della prova per la compra-vendita: pareva che il commercio non potesse esplicarsi che sotto questa forma di contratto.

Il Codice di commercio ha fatto in questo e nei due seguenti articoli manifesta la sua indipendenza dal Codice civile, non ritenendo delle disposizioni di esso se non quelle intorno alle quali lo stesso Codice di commercio non dispone (1). Vero è che quest'ultimo, indicando la serie dei mezzi probatori, non presenta alcuna nozione, non ne dichiara il valore assoluto o relativo; e in mente a qualcuno nascerà il dubbio se, ritenute queste fonti legali della dimostrazione, del rimanente, quanto ai modi di applicazione, non sia da ricorrere alle norme così ben disegnate dalla ragion civile (2). Ma levandosi allo spirito delle due legislazioni, non si tarda a scorgere come ognuna abbia il proprio sistema, informate tuttavia a comuni principii.

Mi sia concesso di assumerli un po' dall'alto.

Nei giudizi si aspira alla *verità;* noi lo ripetiamo ad ogni momento, quantunque invece di una *verità assoluta* non si ottenga nei giudizi che una *verità relativa* mediante la *certezza;* e a dir proprio, lo scopo immediato del legislatore che si occupa con tanta cura di sistemare la prova, si è quello di fornire alle coscienze i materiali della certezza: per cui nell'ordine storico e nella ragione dei fatti (che è il campo percorso dalle prove) si possa dire: la cosa è proprio così; io ne sono convinto.

Abbandonata la estimazione delle prove ai singoli intelletti e alle singole coscienze, non si otterrebbe mai che un *prodotto soggettivo* (3), e vario sarebbe sopra ciascun mezzo di prova il giudizio degli uomini; perciò la legge si è proposto di regolare ella stessa i gradi della certezza. Quindi ha dettato, che all'atto pubblico si deve prestar piena fede; così alle scritture private munite di certi requisiti: ha messo sulla cima dei mezzi provanti il giuramento decisorio.

Qual criterio ha guidato il legislatore in tali determinazioni? Ho osservato coi dati d'esperienza, che il consenso generale degli uomini si riunisce nell'attribuire a quei modi di dimostrazione un carattere di vero assoluto; il legislatore ne ha desunta la *certezza oggettiva*, una certezza che dovrebbe ugualmente impressionare tutte le coscienze, ed ha sottratto all'esame individuale il valore di una prova che per comune opinione si ritiene indubitata.

Stabilito dal legislatore *a priori* questo criterio della credibilità, si è affrettato di collocare sotto il presidio di cotali forme più solenni o più certe, e di quegli atti che offrono maggiori condizioni di permanenza e di stabilità, i negozi più comuni della vita civile, perchè l'elemento soggettivo e variabile abbia meno d'influenza; e nel Codice civile ha dato la più decisa preferenza alla prova scritta sulla verbale, e all'atto pubblico sopra qualunque altro istrumento di prova.

Se non che il preconcetto della legalità poteva meglio fondarsi dal legislatore civile che dal commerciale. In materia civile gli affari soglion procedere lenti, pensati, e si ha il tempo

(1) *Con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili* (articolo 92, in fine).

(2) Per esempio i contratti commerciali si provano *con testimoni:* ma forse entro il limite di L. 500? Si dice più avanti che *dipende dall'autorità giudiziaria ammettere la prova testimoniale:* ma è questa forse una novità? Non è anzi la regola comune a tutti i giudizi nei quali si tratta di ammettere la prova testimoniale?

(3) E quindi rispetto a noi stessi: una verità soggettiva.

Digitized by Google

di provvedersi documenti formali: ognuno sa quanto sia diverso il costume commerciale, come siano istantanee le transazioni, quale lo slancio e la celerità dei moti, e la sua attività prodigiosa.

Si doveva dunque cambiar tenore; introdurre, direi, una marcia meno pesante; prestare alle medesime prove quel movimento e quell'agilità che distingue gli oggetti ai quali sono da applicarsi; ampliare gli attributi della prova testimoniale che, può dirsi, riempie il mondo, ed è presente dappertutto; restringere a certi negozi speciali il bisogno della prova scritta; il che però non toglie che non esista teoricamente e in principio un certo ordine di preminenza fra le stesse prove ammesse in commercio: sul che insisto alquanto onde non si creda il sistema empirico e sciolto da ogni legge positiva e razionale.

Se non dall'ordine degli enunciati, il che non si può in verun modo ammettere, certo dalla natura e qualità delle prove, si deve desumerne la gradazione e la loro forza rispettiva: principio che il Codice di commercio non proclama con inopportune teorie, ma viene significando in quei luoghi ove addita il genere di prova che si conviene e si considera come proprio a una data transazione commerciale. Diamone alcuni esempi. L'atto costitutivo di una società n'è la prova suprema; la sua pubblicazione lo rende inalterabile. La prova testimoniale, in fatto di società, non ottiene che un grado secondario; talvolta è inammissibile (articolo 157) (1): al contratto di pegno la scrittura è essenziale al di là di una certa somma (articolo 138). Il contratto di noleggio ha la sua forma e i suoi caratteri speciali (articolo 381). Così il contratto di assicurazione (art. 416), e via discorrendo. Vi hanno eziandio atti e documenti di una particolar forma commerciale (articoli 81, 389, ecc.) che hanno un valore di prova superiore: tutte le carte che hanno i requisiti per essere lanciate nella circolazione, e sono riconosciute come istrumenti del credito pubblico, sono preminenti nella loro efficacia provante, e, generalmente parlando, non soffrono il concorso di altre prove meno efficaci (2).

Se la legge ha sciolto così quei nodi che potevano inceppare la circolazione, ha dovuto creare altri mezzi d'ordine onde garantire la buona fede sempre alle prese con quei vampiri del commercio che corrono al guadagno come gli avoltoi sulla preda.

—

329. *Atti pubblici. Scritture private.*

È rara l'adibizione dell'atto pubblico in commercio (3). Nell'articolo 40 è detto che i sensali d'assicurazioni stendono *in concorrenza coi notai* le polizze d'assicurazione. È sempre necessario l'atto pubblico quando si tratta di costituire ipoteca: le banche sogliono richiedere ipoteca per crediti di cospicue somme, a non brevi scadenze. Nei paesi ove risiedono consoli per la nazione italiana, il cancelliere consolare esercita le funzioni di pubblico ufficiale, e la convenzione fatta avanti di lui ha fede di atto pubblico.

Scrittura privata è nome di genere. Sono scritture private le note dei pubblici mediatori *sottoscritte dalle parti*, le *fatture accettate* mediante sottoscrizione, le stesse lettere di cambio delle quali difatti non si fa parola nell'articolo 92. Ogni scrittura privata, derivando la sua forza dalla verità del carattere e della firma, è soggetta alle censure indicate negli articoli 1321, 1322, 1323 e 1324 del Codice civile. La disposizione invece dell'articolo 1325 *non si applica alle materie commerciali.*

Non ha qualità di scrittura privata quell'atto qualunque, quella lettera, quella memoria che non è sottoscritta. Il commerciante che riceve una lettera non sottoscritta la respinge perchè la volontà del mittente sia accertata dalla sua firma. Qualche indizio di prova potrebbe dedursi da lettera o memoria non firmata contro chi l'ha scritta, se confortata da altri argomenti; e allora si entra nel campo delle presunzioni e delle prove indiziarie.

—

330. *Note dei pubblici mediatori.*

Noi non abbiamo che a rammentare l'articolo 48. « Le copie spedite dai pubblici mediatori quando siano muniti delle firme delle

(1) *Sulle forme dei contratti di società*, articolo 153 e segg.

(2) Se questi gradi della efficacia provante fossero interversi, potrebbe scendere vindice delle violazioni la Corte suprema.

Non è a dire che l'atto pubblico, la scrittura seguita da notaio, la prova scritta in genere avrà un valore relativo superiore alla prova verbale; oltre i precetti della legge civile è nella natura di quei mezzi di prova.

(3) Atto pubblico è quello che ci viene specificato nell'articolo 1315 del Codice civile.

Digitized by Google

« parti autenticate dal mediatore, fanno *piena* « *fede* in giudizio ».

L'art. 92 ha indicato quelle serie di prove che, nel proprio genere compiute, fanno che i contratti abbiano la loro esistenza legale, trascurati, mi esprimerò così, tutti quei frammenti di prova, che poi nell'intreccio dei fatti si riuniscono per farne una perfetta sotto il savio apprezzamento di tutte le circostanze. La nota del pubblico mediatore può non esser sottoscritta dalle parti: e come sia elemento di prova, e come possa fecondarsi da altri argomenti, ci rimettiamo per ciò alle nostre osservazioni sugli articoli 46, 47, 48 e 49.

---

331. *Fatture accettate.*

« Dicesi *fattura* in commercio un conto, memoria, stato o lista di più merci, che invia un commissionario al suo corrispondente, un negoziante ad un altro ».

« Nella fattura deve farsi menzione della data della spedizione, del nome di coloro che la fanno, delle persone alle quali è diretta, del tempo dei pagamenti, del nome del vetturale o condottiere e delle marche e numeri delle bolle, masse, tonnelli, pacchetti, e altri contenenti le mercanzie ».

« Devesi pur esprimere nella fattura tutte le specie, qualità e quantità delle merci che sono inchiuse entro le balle, casse od altro, come anche il numero, peso e misura; il prezzo e le spese fatte per cagion delle medesime, come i diritti di entrata e di uscita, essendo pagati; quelle di commissione e di senseria delle quali si sarà convenuto, e di quanto insomma si sarà speso per l'imballaggio o incassamento o altre minute spese ».

« In calce della fattura si dee apporre un totale delle spese anticipate, dei diritti pagati e delle spese fatte per avere il rimborso da colui che riceve le mercanzie ».

« La fattura si scrive ordinariamente alla fine della lettera d'avviso, o sovra un foglio volante che si racchiude nella medesima lettera » (AZUNI, *Dizionario*, v° Fattura).

Questo esemplare di AZUNI, ricco di tante particolarità, quantunque non tutte necessarie, mi parve utile trascrivere intero. Nell'insieme la *fattura* è un atto in cui si descrivono merci ed effetti che s'inviano da un luogo ad un altro, il loro stato e valore. Questo atto accompagnatorio dell'invio è una garanzia della esecuzione, e misura la responsabilità degli esecutori, per quanto riguarda lo stato delle cose medesime e la loro conservazione; non è propriamente la *lettera di vettura* che comprende di più le condizioni del trasporto.

Quantunque il tipo della *fattura* portoci da quel maestro di cose commerciali sembri annettersi per proprio carattere ad un movimento materiale delle merci e al loro invio da un luogo ad altro, come ora si diceva, questa combinazione però è accidentale e non necessaria: mentre si può avere delle altre ragioni, degli altri fini, per redigere un inventario di merci col loro costo, ed esporle a disposizione del commercio. Uno di tai fini è quello avvisato dall'AZUNI, cioè di accompagnare la locomozione delle merci *simpliciter* a responsabilità del vettore o commissionario: ma la nota che appartiene al genere descrittivo è animata dalla convenzione a servigio della quale esiste; e allora si dice nel linguaggio commerciale, che la *fattura* produce questo o quell'effetto giuridico, ma in sostanza il contratto che vi si aggiunge è quello che produce tali effetti. È una *commissione* quando la intenzione più o meno espressa del trasmittente sia di far vendere le merci per conto proprio; è *un pegno o un deposito*, se a questo scopo siano trasmesse ad un commerciante qualunque o creditore del trasmittente, ovvero onorato della sua fiducia onde ritenerle presso di sè sino ad una certa occasione di negoziarle; e finalmente *una offerta di vendita*, se a questo scopo le merci descritte sono inviate; e diventa vendita effettiva in forza dell'accettazione.

La fattura è un simbolo e rappresenta la tradizione; in altri termini supplisce alla consegna reale che richiederebbe movimenti e operazioni materiali che non si possono sempre fare, o non senza incomodo tempo e spese. Perciò continuando la merce a giacere nei magazzini di qualche commissionario o depositario, può essere virtualmente e moralmente mobilizzata mediante la *polizza* o *fattura*. Chi la possiede *con causa giuridica*, acquista per ciò solo, secondo lo spirito dell'accordo intervenuto fra le parti, la disponibilità delle merci; e mediante lo stesso simbolo, e col girare dello stesso documento, la merce passa di mano in mano, colla rapidità si direbbe del pensiero, alle più remote distanze, con utilità inestimabile del commercio.

332. Ma la *fattura* non potrebbe adempiere a questo ufficio, se non fosse munita di quella virtù circolante che appartiene agli effetti commerciali propriamente detti. Noi possiamo considerarla sotto due aspetti: in quanto sia negoziabile come effetto commerciale: o in quanto sia nominativa, e passi per semplice cessione.

« La facture n'étant ni à l'ordre ni au por- « teur, la transmission ne peut s'en opérer *que*

« *par un acte de vente* » (1). È vero che l'atto di vendita può risultare dalla dichiarazione del proprietario appiedi della fattura, quale atto distinto da essa. Stilata all'*ordine* (*del signor B. N.*, *valuta avuta*) assume la formola commerciale, più generica, potente del pari alla trasmissione. La dichiarazione della valuta avuta trasporta immediatamente, siccome è noto, la proprietà nel giratario: e questo carattere impresso nel documento dalla mano del primo girante, ossia dall'autore dell'atto, diviene indelebile, e si mantiene con tutte le sue prerogative di effetto commerciale in faccia ai terzi « comme le connaissement la « facture peut être à ordre ou au porteur, ou « personne dénommée », dicono i citati scrittori (2): « come altri ha osservato, equivale a una lettera di cambio, senza l'incomodo della provvigione.

Mi sono fermato su questa distinzione, perchè, malgrado la sua volgarità, una rispettabile Corte d'appello non ha dubitato di asserire sotto il dominio del presente Codice di commercio, che nulla conclude la *parola all'ordine*. « Non può disconvenirsi che *la fattura* « *commerciale* non costituisca uno dei titoli « commerciali di maggior importanza e più « comuni nella pratica, esprimendo la nota « delle merci vendute, colla indicazione della « qualità, quantità, e valore: viene redatta dal « venditore che la invia al compratore. Se questi la sottoscrive e la rimanda al venditore, « costituisce la prova della seguita vendita e « l'obbligo di pagare il prezzo dinotato (3). « Sotto questo rapporto *non differisce dal biglietto all'ordine*, trovandosi comuni all'uno « e all'altro titolo gli stessi elementi, e non vi « sarebbe alcuna ragione per non *render negoziabile la fattura al pari di un biglietto* « *all'ordine* ». Più avanti: « Nulla vale osservare non potersi la fattura trasmettere per « gira per la mancanza della parola *all'ordine; dappoichè la girabilità è insita nei* « *titoli commerciali*, valendo ad attivare la « circolazione dei capitali, moltiplicando la « loro forza produttiva » (4).

La Corte per avventura decise giustamente in quel caso nel quale disputavasi di rivendicazione di merci spedite ad un fallito, e prima dell'arrivo vendute ad altri mediante fattura. Ma, nell'interesse del principio e della teoria, siamo costretti a dissentire dall'illustre magistrato. *La fattura non è di sua natura un titolo commerciale e negoziabile*; ma può divenir tale in forza della clausola all'ordine o al portatore: clausola che non è insita o implicita nell'atto, ma deve apparire. La lettera di cambio, che è pure un atto espressamente contrattuale ed esprimente il proprio oggetto, ha d'uopo di questa divisa. « Ce n'est *que par* « *l'ordre* qu'elle acquiert la perfection qui la « rende si utile » (PARDESSUS, n° 530). Se la virtù circolante di una lettera di vettura o di una polizza di carico (che sino a un certo punto non sono che *fatture*, col di più della maggiore significazione dello scopo), fosse uguale *con o senza la clausola all'ordine o al portatore*, la legge non avrebbe distinto dicendo: « PUÒ ESSERE *all'ordine o al portatore* » (articoli 81, 389). Non avrebbero la Commissione e la Relazione ministeriali avvertito il miglioramento che veniva ad introdursi nella legislazione per everci fatto grazia di questa clausola in vista della commercialità di cui la lettera non avrebbe dovuto godere stando ai termini del passato Codice.

333. La *fattura* dev'esser accettata; allora nasce il contratto; ciò è naturale. L'accettazione è espressa o tacita; quegli a cui la fattura è diretta vi scrive sotto — *accetto* — ovvero la respinge al trasmittente a pena dei danni causati dalla sua inerzia. O se munita della clausola all'ordine, la gira ad altri e la girata è prova di accettazione. È indifferente che il venditore conosca o no il consenso prestato, posto anche non si fossero le parti messe d'accordo innanzi, come si fa quasi sempre. Così la prova dell'accettazione può farsi eziandio con mezzi esteriori, con testimoni (5) o per via di presunzioni (6).

Questione se la fattura anche accettata abbia d'uopo di essere convalidata coll'aiuto dei libri di commercio di fronte ai terzi.

È un soggetto sul quale la dottrina e la giurisprudenza si pronunciano con una certa severità. « Il faut en général que l'acte ait été « passé sur les livres, écriture de la facture ou « de l'acte qui en constate la remise » (DÉLA-

(1) DÉLAMARRE e POITVIN, num. 161.

(2) Allo stesso num. 161.

(3) *Se il ricevimento della valuta non risulti*, senonchè in tal caso la vendita dovrebbe dirsi già concertata innanzi.

(4) Corte di Napoli, 23 giugno 1857; *Annali della Giurisprudenza italiana* (Firenze, vol. I, pag. 368).

(5) DEVILLENEUVE e MASSÉ, *Diction.*, v° *Facture*, num. 2; SASSI e MONTAGNINI, *Manuale*, pag. 357.

(6) PARDESSUS, num. 248; SASSI e MONTAGNINI, *Manuale*, pag. 357.

MARRE e POITVIN, n° 161). L'importanza maggiore sta nel tempo, nella data veridica della convenzione. Il fallimento, padre di ogni controversia e campo aperto a tutti i sindacati, ne eccita spesso di tali questioni: il commercio non è difeso dalla registrazione de' suoi atti (1): ciò è bene, ossia ciò è la sola cosa possibile in commercio, ma non toglie che la determinazione del tempo non sia del più gran rilievo e insieme di molta difficoltà.

Essa difatti, rispetto ai terzi, non può dipendere dalla data scritta nella carta: la veracità della data è appunto il problema che si agita. Ma, dicono, sono gli stessi commercianti che devono registrare i propri atti nei loro libri (*Libro-giornale*, articolo 16). E io trovo perfettamente giusto che disputandosi in giudizio di fallimento, o in caso qualunque rimpetto a terzi che propugnano la esistenza della frode, sulla data di una fattura o simile documento, che può anche credersi *un'antidata*, sia il più violento degl'indizi di frode quello di non vedersi annotata la operazione nel libro-giornale dei commercianti che vogliono averla eseguita in quel preciso giorno.

Ma può avvenire che un solo dei due negoziatori abbia fatto menzione dell'affare nel libro-giornale, menzione che supponiamo esattissima, come supponiamo un libro-giornale in piena regola. È da credersi che questo più diligente annotatore sia il compratore, come quegli che è direttamente interessato nella difesa del contratto. Ed anzi io credo che la scrittura del solo venditore che, vicino a cadere, va già meditando le sue frodi, meriti ben poco conto, se non sia accompagnata dalla contemporanea annotazione nei libri del compratore. Il quale avrà in essi solido appoggio, e potrà con essi stabilire la sua prova (articolo 21) indipendentemente dal fatto irregolare della parte venditrice quando estrinseci argomenti non sorgano a combattere anche questa difesa, od a mostrarla artificiosa (2).

—

334. *Corrispondenza.*

Il telegrafo è omai divenuto uno dei mezzi più attivi della corrispondenza commerciale; quindi l'argomento che il nostro articolo propone non può trattarsi con qualche esattezza se non toccando del sistema telegrafico e delle relazioni giuridiche le quali si formano con questo modo di corrispondenza. Se io volessi a questo luogo farne discorso, passerei la giusta misura e interporrei uno spazio non conveniente all'esame delle seguenti disposizioni che si congiungono strettamente fra loro: mi rimetto dunque alla *Dissertazione in fine del titolo seguente* (3).

—

335. *Prove per testimoni.*

Nel nostro numero 328 si sono fatte delle osservazioni che a taluno potranno essere sembrate soverchie; e forse noi ci siamo ingannati nel crederle necessarie a penetrare nel vario spirito della legislazione civile e della commerciale in fatto di prove. Ora ci restano poche ricerche d'indole pratica.

a) Se è seguito un contratto commerciale da una parte e non commerciale dall'altra fra un commerciante ed uno non commerciante, per somma superiore a lire 500, quale dei due sistemi di prova il civile o il commerciale dovrà preferirsi?

Si è anticipata la risposta al n° 326, lettera *d*). È assurdo, ne conveniamo, che un contratto unico avanti il Tribunale di commercio possa valere sotto una data forma, e avanti il Tribunale civile non sia più valevole con quella forma. Pietro, proprietario, vende cento ettolitri di grano al commerciante Liborio; attore in giudizio commerciale, prova la vendita con testimoni: se invece Liborio cita il proprietario in civile perchè gli consegni il grano, ha bisogno di portare una scrittura a prova della compra. Se ne inferisce che quando il commerciante fa un contratto con persona non commerciante che non s'impegna commercialmente, deve procurarsi lo scritto se *l'oggetto supera* lire 500 (art. 1341 del Codice civile).

b) Ora supponiamo un contratto commerciale, ma che la materia di alcuno fra gli elementi corrispettivi del contratto abbia origine non commerciale; e questa debba provarsi.

Tizio e Caio sono soci in un'affare di costruzioni. Tizio porta in contributo sociale una somma di lire 20,000 da pagarsi in un certo tempo; e crede poterla pagare con altrettanta somma della quale si dice creditore verso lo stesso Caio per un titolo precedente non commerciale. Caio nega di esser debitore di quella somma. Tizio vuol far la prova col mezzo di testimoni. È ammesso?

(1) Vedi articolo 94 colle relative nostre osservazioni.

(2) Questa è pure la opinione dei signori DELAMARRE e POITVIN, num. 161 detto. V. comm. all'art.

(3) Ometto pure di trattare della prova *per mezzo dei libri* di commercio sì dei contraenti che dei mediatori, riportandomi ai luoghi ove ne ho trattato.

Digitized by Google

Rispondiamo di no. È bensì vero che fra loro si è fatta una convenzione commerciale, nella quale si è introdotto come elemento di correspettività quel credito; ma il titolo di esso credito che dee provarsi, sarebbe anteriore, indipendente, dalla operazione di commercio.

c) Se due commercianti hanno fatto un contratto commerciale mediante scrittura, saranno ammessi testimoni contro od oltre quello che ivi è stabilito?

Si possono fare tre ipotesi.

Che la scrittura sia necessaria alla qualità della negoziazione, essendo imposta dalla legge in quel caso, e allora risponde il seguente art. 93.

Altra ipotesi: che la scrittura non fosse necessaria, ma i contraenti abbiano voluto a maggior sicurezza redigere il contratto per iscritto. Non si ammette la prova testimoniale dal caso in fuori che le parti non consentano, e fuori di quelli previsti dagli articoli 1347 e 1348 del Codice civile.

Terza ipotesi: che le parti consentano, e allora non è dubbio potersi ammettere la prova testimoniale; imperocchè non essendo la scrittura ordinata dalla legge, le parti possono derogare al proprio fatto (1).

Intorno alla seconda ipotesi bisogna aggiungere qualche avvertenza.

Si presume sempre che le parti abbiano voluto con proposito servirsi dello scritto; nè sarebbe ascoltato chi dicesse che non si è voluto far dipendere da esso la concordanza del contratto. Ma ciò s'intende dei fatti anteriori o concomitanti il contratto. Altro dovrebbe dirsi *dei fatti posteriori*. Voi avete dato a me, commissionario, l'impegno di fare un negozio per conto vostro, promettendo a premio lire 2000 che si è indicato nella scrittura. Ma io voglio provare che in seguito il premio mi è stato aumentato sino a lire 3000. È chiaro che io non vado contro il convenuto scritturale chiedendo la prova testimoniale a quest'oggetto. Si deve credere che l'aumento abbia pure avuto una causa posteriore nelle gravi difficoltà, supponiamo, che l'affare è venuto presentando, e che non apparivano nel primo tempo (Délamarre e Poitvin, n° 193). Ricordiamoci però che è dato al giudice un potere discrezionario per accordare o negare la prova testimoniale secondo le specie e le circostanze.

d) A proposito di potere discrezionario si propone un dubbio, se nelle cause minori di lire 300 (secondo i Francesi, di lire 500, secondo noi), sia lecito al giudice commerciale negare la prova per testimoni.

Io non ho mai inteso come sia una questione; non ne avrei neppure parlato se non leggessi negli scrittori che se ne disputa seriamente, benchè pensandoci ancora, io vengo in sospetto che non si tratti che di un equivoco.

La legge attribuisce facoltà all'autorità giudiziaria di ammettere la prova testimoniale, *semprechè lo creda* (2). Perchè si vorrebbe restringerla, attenuarla, negare questa facoltà quando l'oggetto della lite sia minore di lire 500? Ho detto che qui ci dev'essere un equivoco. Alauzet, che è venuto l'ultimo sulla bella questione, fa un ragionamento di tal fatta. Noi crediamo, egli dice, che vi sarebbe contraddizione manifesta nel' decidere che se il legislatore ha voluto autorizzare la prova per testimoni in materia commerciale, ben anco in quei casi in cui non è ammessa dalla legge in materia civile, abbia ad un tempo permesso di respingerla in materia commerciale, laddove è *necessariamente* ammessa in materia civile! (*Comment.*, n° 541).

E la contraddizione ci sarebbe realmente quando si dicesse: signori giudici di commercio, nelle cause minori di lire 500 voi non potete far luogo alla prova testimoniale. Ma chi ha mai detto questo? Io credo nessuno. I giudici restano nella loro piena facoltà di ammettere o non ammettere nei singoli casi, non diremo *la prova testimoniale in genere e in principio, ma i capitoli testimoniali* (linguaggio forense), e sempre in concreto, e in quella data specie che si presenta al loro esame. Se i testimoni non si ammettono, non sarà per una tal quale considerazione al valore della lite, peggio ancora perchè la lite valga meno di lire 500, ma perchè così si vuole e si crede in relazione al merito della causa.

Seguita l'illustre autore insegnando che « les « prohibitions de la loi civile ne sont pas ap« plicables au droit commercial », cosa che non ci è ignota, benchè immediatamente sia costretto a convenire che anche in giudizio commerciale la prova testimoniale dev'esser respinta ove la legge imponga l'atto scritto. Con tutto ciò non si può stabilire *a priori* che il giudice di commercio ha il dovere di accettare in ogni caso i testimoni, sebbene i ca-

(1) È questo pure l'avviso dei signori Délamarre e Poitvin, ai quali mi associo (*Droit comm.*, n° 195).

(2) *Dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre*, dice conformemente l'art. 109 del Codice di commercio francese.

Digitized by Google

pitoli siano inconcludenti, sebbene esistano delle confessioni giudiziali, o i testimoni indotti siano per legge inammissibili (1).

c) La grande facoltà attribuita ai giudici di commercio nell'accettazione testimoniale è frenata da alcune regole superiori: la principale è quella che si vede scritta nell'art. 236 del Codice civile. È la natura che v'impone di non prestar fede a chi porta in cuore quel vivo interesse che il padre ha per il figlio, il marito per la moglie, tolte alcune eccezioni per forza di necessità: i giudici di commercio non possono passare questa barriera.

Del resto facoltà piena, salvo di apprezzare secondo verità e ragione i detti dei testimoni. Badate, dicono alcuni, di non ammettere soci in un interesse sociale, commessi nell'interesse del loro capo, ecc., aggravando la lista dei sospetti enunciati con compiacente accuratezza in altre procedure; e che saviamente la nostra non fa che preavvisare in modo generico (articolo 237 del Codice di procedura civile). Io dirò al giudice: fate quello che vi detta la vostra coscienza. Non vi ha mai nulla d'irreparabile in una deposizione testimoniale: la corregge il senno del giudice. Io sono partigiano del principio *probationes non sunt angustiandæ*. La verità è così potente che si mostra anche attraverso gli artifici di coloro che vorrebbero impedirle di venire in luce; qualche raggio ne potrete sempre cogliere se esperienza e coscienza non vi fanno difetto.

Articolo 93.

Quando la legge commerciale richiede la scrittura sotto pena di nullità del contratto, nessun'altra prova è ammissibile, e in mancanza della scrittura il contratto si ha come non avvenuto.

Se la scrittura non è richiesta sotto pena di nullità, si osservano le regole stabilite dal Codice civile nel capo *Della prova delle obbligazioni*, ecc., salvo che il presente Codice non provveda altrimenti.

336. *Osservazioni critiche sull'articolo* 93.
337. *Continuazione.*

336. Il concetto di questo articolo è duplice. Se la scrittura è richiesta dalla legge *sotto pena di nullità*, *in mancanza della scrittura il contratto si ha come non avvenuto*. Se la scrittura *non è richiesta sotto pena di nullità*, non essendo necessaria, altre prove si ammettono.

Osservo che l'inciso del primo periodo — *nessun'altra prova è ammissibile* — può ritenersi una superfluità, imperocchè se il contratto è nullo, è troppo evidente che ogni altra prova sarebbe inutile.

Questo articolo, di nuova formazione, può credersi anche difettoso, e dirò più, appare imbarazzante e mal digesto, ove distingue fra scritture *richieste sotto pena di nullità del contratto*, e quelle che non sono richieste a pena di nullità.

Vi è forse nel Codice di commercio qualche ordinamento che abbia questo carattere incerto e indifferente; che voglia la redazione di un contratto commerciale per iscritto, permettendo tuttavia che possa farsi in altro modo, cioè verbale; che insomma una simile disposizione debba ritenersi per mero consiglio, e quindi inutile?

È bene una ricerca importante, e bisogna convenire che questo articolo potrà gettare un certo allarme nel fòro, e dar luogo, a gravi questioni io non credo, ma a dispute sottili e faticanti.

È ciò che giova esaminare portando un rapido sguardo sul Codice.

Se io non prendo abbaglio, cinque sono i contratti (principali almeno) che si vogliono costituiti mediante scrittura. La società (arti-

(1) « Si les lois de commerce, scrive Duranton, « tom. XIII, num. 311, modifient le droit civil, *c'est « par extention de faculté accordée d'accueillir la « preuve par témoins, et non pour restreindre ce droit*, « qui appartient à toute partie d'après le droit « commun ».

La massima è vera; ma non *si restringe* il diritto lasciando al giudice del fatto quel discreto arbitrio di cui non può esser privato senza danno della giustizia.

Délamarre e Poitvin (nº 192) colgono il punto vero della questione. Alauzet non ha saputo confutarli malgrado l'aria di persuasione che ha voluto darsi.

Digitized by Google

colo 155), il pegno (articolo 188), il contratto di noleggio (articolo 381), il prestito a cambio marittimo (articolo 426), il contratto di assicurazione (articolo 446) (1). Solo rapporto all'ultimo è comminata espressamente *la pena di nullità;* questa formola irritante non si legge negli altri (2). Se ne vorrà per avventura concludere che la scrittura in ordine agli altri contratti non sia necessaria? Ma ognuno dovrà arretrarsi a tal conclusione che non si enuncia senza sgomento. In ciascuno dei testi ora citati si adoperano modi o formole imperative ed assolute: *il contratto* DEV'*esser fatto;* DEVE *contenere...* e le addizioni o limitazioni che s'incontrano nel decorso del titolo rispettivo fanno certo che il contratto, non risultante dallo scritto, non avrebbe sussistenza.

O io m'inganno a partito, o il redattore dell'articolo non ha posto mente a tale sistema del Codice; e quindi gli è caduto dalla penna il secondo periodo, che, secondo me, non ha senso.

Non vi è scrittura che *non sia richiesta sotto pena di nullità;* ossia non vi è contratto che il Codice di commercio ordini doversi fare per iscritto, e possa sostenersi verbale. Alla prescrizione positiva segue nei luoghi opportuni la formola stessa del contratto, gli estremi che deve contenere; la ragione della disposizione è la più salutare, e protegge i maggiori interessi del commercio. È impossibile che il legislatore abbia voluto scuotere, per così dire, il proprio edifizio, e farlo vacillare sulle sue basi.

337. Noi dunque dobbiamo pensare che prove verbali potranno anche ammettersi qualora esista la scrittura; ma qualora esista e sia stata adoperata per volontà dei contraenti, non per imposizione di legge, e l'ammissione della prova verbale non sia contraddetta, secondo quello che è detto al n° 335, lettera c).

Qui ci fa ingombro il capoverso di questo articolo: *se la scrittura non è richiesta sotto pena di nullità, si osservano le regole*, ecc. Se si è voluto dire dove non è richiesta la scrittura, si può far uso di altre prove ammesse dalla legge civile, si è detto una cosa inutile. Se si è voluto dire che quando le parti hanno preferita la prova scritta, essa non può essere nonostante soverchiata da altra di genere inferiore, come la testimoniale, si è detta cosa non vera (3). C'era una cosa utile a dire, e questa non si è detta. Se le scritture ingiunte per certi contratti dal Codice di commercio siano soggette alle impugnazioni permesse dagli articoli 1320, 1321 del Codice civile. La questione potrebb'esser grave, ma io credo potersi distinguere fra quelle scritture nelle quali intervenne un pubblico uffiziale, come il notaio, o un pubblico mediatore autorizzato a questo effetto (articolo 41), i quali atti hanno carattere autentico, e fra quelle nelle quali non si hanno che firme private, e possono essere impugnate nei casi indicati dal Codice civile e nei modi prescritti da quello di procedura.

Articolo 94.

La data dei contratti commerciali può essere accertata riguardo ai terzi con tutti i mezzi di prova indicati nell'articolo 92, oltre quelli stabiliti dal Codice civile.

Però la data delle lettere di cambio, dei biglietti e altri titoli all'ordine, e quella delle loro girate, si ha per vera fino a prova contraria.

338. *Le date apposte nei titoli all'ordine e quelle delle girate hanno la presunzione della verità. Dell'indole giuridica di tale nozione speciale al commercio.*

339. *Questo forma un gius singolare; le scritture, comunque ordinate dal Codice ed essenziali a certi contratti, rientrano nel diritto comune per quanto riguarda la efficienza della data. Condizione di cose che può dirsi omai senza pericolo nel previdente sistema del Codice.*

340. *Ampiezza dei mezzi di prova secondo il Codice di commercio. Del vario carattere e delle varie applicazioni di codesti mezzi suppletori quanto ai contratti scritti.*

341. *Singolarità che s'incontra in ordine ai contratti verbali. Questione in tema di falli-*

(1) Non parliamo delle *lettere di cambio*, che hanno la loro forma particolare, ed essenzialmente scritturale.

(2) Quanto al prestito a cambio marittimo, si dichiara — *altrimenti si risolve in semplice mutuo* — e può equivalere a quella formula.

(3) Institut. de empt. et vendit., num. 1.

Digitized by Google

mento. Del possesso dei mobili, e come la prova si rifonda sopra colui che allega la fazione del contratto in tempo sospetto.

342. *Dei terzi*

a) *Aventi causa. Esame di questa relazione; fin dove s'estenda;*

b) *Della stessa relazione di avente causa nei rapporti fra creditore e debitore.*

---

338. Il tempo nel quale si conclude un contratto è della sostanza di esso in certi casi; quando cioè diritti anteriori vengano in concorrenza e pretendano di prevalere; allora la questione del tempo è questione di esistenza, per quanto almeno concerne i più importanti effetti della negoziazione. La *data* è la espressione del tempo nei contratti scritti (1). Non è oppugnabile negli atti pubblici se non mediante querela di falso (articolo 1317 del Codice civile); ma non sono i contraenti che possano far testimonianza a se stessi che in quel tal giorno si celebrò fra loro il contratto colla scrittura che presentano quale ostacolo a diritti che si propugnano da terzi.

Secondo il Codice civile, questa è la sorte di tutte le scritture private: il Codice di commercio conosce un medio genere di documenti; meno sicuro, meno inespugnabile di un atto pubblico, questo terzo genere resiste molto di più all'attacco che una scrittura privata.

« La data delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e altri titoli all'ordine, e quella delle loro girate, si ha per vera sino a prova contraria ». Così il capoverso sopra trascritto.

Tutti i titoli all'ordine sono parificati; quindi le lettere di vettura, le polizze di carico e gli altri muniti della stessa virtù circolante.

Una limitazione così precisa e determinata esclude il dubbio, peraltro facile a sorgere, se le scritture ordinate dal Codice ed essenziali a certi contratti (2) non siano per avventura protette da una consimile disposizione, anzichè esposte alle impugnative dei terzi, e non avendo per se stesse efficacia di prova, non possano sostenersi che con sussidi di prova *ab extra*. I contraenti non saranno mai tranquilli del fatto loro; e dovranno, per una specie di necessità, molto grave e dannosa alla prontezza dei traffichi, valersi di notai e di altre autentiche persone (3) nel redigere le loro convenzioni.

Ma qualunque sia la obbiezione dedotta dagli ordini razionali, s'infrange contro il positivo ordinamento di una legge che, per la sua indole limitativa di una regola generale, non può ricevere estensione.

Invero, per quanto la fermezza e conservazione degli atti ora enunciati sia interessante, i titoli circolanti hanno però una preminenza così decisa nell'azione commerciale, che il legislatore non ha voluto o potuto parificarli negli effetti, neppure rapporto alla fede che sono destinati ad inspirare nel mondo commerciale.

Ed è questo che io appellava un *medium genus*, affatto sconosciuto al Codice civile, tra l'atto pubblico e la scrittura privata.

Vi sono degli atti, scriveva PARDESSUS, « dont « *la date* ne peut-être contestée *sans, pour « ainsi dire, les arguer de faux*: tels sont les « lettres de change, billets à l'ordre et leurs « endossements, puisque l'antidate qu'on se « permettait d'y commettre *est puni comme un « faux* (4); ce qui n'a pas lieu pour d'autres « actes, où ce genre de fausseté ne serait « qu'une simulation qui pourrait, tout au plus, « être considérée comme escroquerie si elle « avait lieu dans le dessein de nuire a tiers. « Nous n'entendons pas dire toutefois que la « procédure spéciale d'inscription en faux soit « nécessaire pour en détruir la date; les tri« bunaux sont les maîtres de décider par les « preuves et les présomptions qu'ils ont droit « d'apprécier; mais jusque à cette preuve con« traire la date de ces actes fait foi, même « contre le tiers ».

Questo notevole passaggio del PARDESSUS è una dottrina complessa che merita analisi, e

---

(1) Quindi esattamente l'articolo 1327 del Codice civile: *la data delle scritture* — meno esattamente il nostro articolo: *la data dei contratti commerciali*.

(2) Scritture sociali, di noleggio, di prestito a cambio marittimo, di assicurazione, ecc.

(3) Come i sensali d'assicurazione nella materia relativa (articolo 40).

(4) A conferma di questa dottrina viene l'articolo 345 dell'ancora vigente Codice penale sardo; che si chiude con queste parole: *le scritture di commercio, di cui in questo articolo, sono le cambiali e i biglietti all'ordine.*

Digitized by Google

da cui si rilevano queste cose: 1° Le lettere di cambio, ecc. (1), sono una categoria di titoli, rapporto ai quali una maliziosa antidata è punita come un falso, e quindi la impugnativa equivale *in certo modo* a una iscrizione in falso; 2° Che peraltro iscrizione in falso si dice quanto agli effetti penali che vanno a risultarne (2), non perchè di tal procedura sia d'uopo; 3° Che i tribunali, e s'intende i commerciali, sono investiti del potere di apprezzare con prove e presunzioni la sincerità o falsità della data; 4° Che la verità della data si presume; l'oppugnante deve sostenere il carico della prova in contrario.

Veramente gli effetti penali sono fuori del giudizio commerciale al quale noi dobbiamo restringerci. Quando s'impugna una data *apparente* in una lettera di cambio, ripudiandola quale antidata e falsa data, si è in condizione di muovere per le vie di ragione l'azione penale tostochè quel fatto è considerato delitto. Ma allora bisogna avere in serbo un deposito di prove ben convincenti di dolo malignità e fraude, e si espone al pericolo di una falsa o imprudente imputazione. L'ordine naturale è adunque quello di portare la eccezione avanti gli stessi giudici di commercio. Quali mezzi di prova possano spiegarsi contro il fatto apparente, e quali competano per giustificarlo, è materia del numero seguente.

Pertanto la decisione della data vera o falsa, dell'antidata delle girate e simili, è nella piena competenza dei giudici di commercio; gli effetti della falsità per lo più si circoscrivono alle relazioni di diritto che ne vengono spostate o cangiate; inconvenienti che si potrebbero dire volgari, tanto sono frequenti in commercio; e raro è che l'alterazione assuma tale gravità da farsi luogo, senz'altro, all'azione penale.

339. Che se ci troviamo avere una categoria, che non vogliam dire privilegiata, di carte commerciali che *fanno fede a se stesse della loro data* sino a prova contraria, hanno cioè una *præsumptio juris* in proprio favore; gli altri recapiti o documenti commerciali, pei quali si comprovano, e solamente per essi possono comprovarsi, operazioni di primaria importanza in commercio, non godranno di tale presunzione neppure in grado inferiore: vale dire, saranno abbandonati di ogni credibilità tosto che, allegata e non provata, sorga un'eccezione qualunque contro la verità della sua data?

Non a risolvere una questione che si può anche dire di principio, ma per rendere in certa guisa meno sensibile il passaggio e dar conto delle previdenze della legge, giova osservare, che diverse scritture essenziali al commercio e ingiunte dal Codice, sono susseguite da atti rivestiti dell'attitudine di circolare colla clausola all'ordine, come le *polisse di vettura e le polisse di carico*, e allora le contrattazioni rispettive di cui quegli atti sono gli emissari, o quasi direi la forma esecutiva (3), ne traggono la loro propria guarentigia per quanto riguarda il tempo. Poichè la data *degli atti conseguenti* non può contraddirsi se non colla forza di prove contrarie, è manifesto che gli atti contrattuali, che ne sono la base, son messi al coperto da ogni attacco meno potente.

Vi sono altri di codesti contratti essenzialmente scritturali che si circondano di un corredo di atti famulativi o complementari che bene li difendono e li accertano nel pubblico commerciale, rappresentato dai terzi (4). Il contratto di società è trascritto in pubblici registri entro un termine breve stabilito dalla legge (art. 158), e esige la sovrana approvazione (articolo 160), o si promulga pei giornali (articolo 161). Il prestito a cambio marittimo è trascritto nei registri dell'amministrazione di marina (articolo 427). Così le date di codesti atti diventano invulnerabili, e sono as-

(1) La nostra legge, ampliando le sue vedute commerciali, aggiunse *gli altri titoli all'ordine*.

È chiaro che le lettere di cambio, che sono considerate *semplici obbligazioni* (articolo 198) non godono di questo privilegio; ma sì i biglietti all'ordine, benchè sottoscritti anche da non commercianti.

(2) Io non dubito che il nuovo Codice penale, che da lungo tempo si va maturando, conterrà un'ampliazione dell'articolo 343 sopra indicato, comprendendo nella penalità le antidate degli altri titoli all'ordine, se pure la disposizione voglia conservarsi in principio. Per ora la penalità non potrebbe estendersi.

(3) Spiego il concetto. La *polizza di vettura* ha questo carattere verso il contratto di commissione per trasporto, come parmi avere chiaramente esposto ragionando sull'articolo 81; la *polizza di carico* ricopre il contratto di noleggio (art. 381): amendue codesti atti, com'è noto, sono effetti negoziabili. Anche i contratti di assicurazione lanciano, mi esprimerò così, le loro polizze di carico che vanno in circolazione, e con ciò si fortificano contro le impugnative non sostenute da prove invincibili.

(4) Veramente i terzi sono il pubblico; tutti quelli cioè che non intervennero nell'atto e non ne fanno parte, come diremo più sotto.

Digitized by Google

sicurate a tutti gli effetti; pel quale riflesso il legislatore non ebbe motivo di preoccuparsene d'avvantaggio, e di collocarle sotto il presidio di altre e migliori cautele.

340. La contestabilità *della data* di fronte ai terzi, è il portato naturale di un atto che non è munito di quei caratteri che comandano la pubblica fede perchè eretti da un ufficiale pubblico. Il Codice civile ha pensato ai modi coi quali i contraenti, o uno di essi, potranno sostenere con equipollenti la data di una scrittura privata impugnata da terzi. Si è dovuto tenersi entro la periferia dei mezzi scritturali, che comunque suppletorii, non potevano essere che omogenei e dello stess'ordine. È il tema del nostro articolo 1327, che nell'interesse della verità ha fatto un passo più avanti del Codice Albertino (articolo 1436 (1). Sebbene i mezzi proposti in questo articolo non potessero considerarsi che indicativi e non tassativi (2), il nostro Codice dichiara: *o quando la data risulta da altre prove equipollenti.* Ma intendiamo sempre da prove dell'ordine scritturale.

Il Codice di commercio era logicamente obbligato di mettersi al largo, e di emanciparsi da un dato genere di prove, postochè i contratti commerciali, generalmente parlando, si possono costituire senza scrittura. Malgrado però un appello così illimitato a tutto quanto è il repertorio delle prove, che può dirsi pieno e completo nell'articolo 92, una breve analisi, per dedurne qualche criterio direttivo nell'applicazione, e non confondersi nel troppo, sembrami opportuna.

Oltre i mezzi stabiliti dal Codice civile, dice il nostro articolo, ci sono tutti quelli che servono commercialmente a provare i contratti. Peraltro chi può averne qualcuno del calibro di quelli dell'articolo 1327 non va a cercarne altri: la sua posizione è insuperabile.

Il breve esame può dividersi in due parti; in quanto il contratto commerciale sia scritto o verbale.

Havvi un genere di prova che, sebbene nel sistema, che dirò ordinario, delle prove, si ritenga delle meno potenti, è destinato però ad avere notevole efficacia rapporto ai contratti scritti.

La *data* perde la sua forza, e cessa di far prova come sia contraddetta e impugnata da un terzo. Ciò sarebbe assai grave, se il contraente che ha interesse di sostenere il contratto, fosse sempre obbligato di cercare *ab extra* delle prove suppletorie. Ma possono elevarsi argomenti a favore della sincerità dell'atto dalla stessa scrittura; e senza uscire da quella, e per virtù di *presunzioni*, sempre *lasciate alla prudenza del giudice* (articolo 1354 del Codice civile) potrà decidersi la controversia (3).

Raccomandata quest'avvertenza, entra una seconda: se tutto l'indicato cumulo di mezzi probatorii sia di ugual forza, e noi sarà certamente: possono dividersi in *diretti* e *indiretti*. Sono diretti quelli che per loro indole ed oggetto accompagnano o susseguono l'atto contrattuale, e ne valgono la conferma. Di simil genere sono quelli che ho enunciati di sopra; e parimenti le trascrizioni del contratto nei *cahiers* degli agenti di cambio, nei libri commerciali, nelle corrispondenze obbligatorie e regolari, nelle note e nei registri dei pubblici mediatori; le denuncie dei sensali alla pubblica annona quando sono richieste; quelle dei capitani nelle cancellerie dei consolati, ecc. Oltre questi argomenti dedotti da quel sistema di rapporti che il Codice stabilisce in ordine ai propri atti, tutti gli altri mezzi sono indiretti o accidentali, e abbandonati all'apprezzamento del giudice (4).

Non è lecito dubitare, se ad accertare la data di una scrittura si possa ricorrere alla prova testimoniale. Nondimeno vi ha qualche distinzione a fare, imposta dalla natura delle cose. La testimonianza di coloro che sono sottoscritti all'atto, è indicata a determinare ciò che vi resta di dubbioso e controverso, cioè la

(1) Conforme all'art. 1328 del Codice Napoleone.

(2) Non dico assolutamente che così fosse; era un'opinione sostenibile. Nella giurisprudenza sarda si era introdotto, che i modi della dimostrazione proposti dalla legge fossero tassativi (Genova, 8 gennaio 1850, Bettini, part. II, pag. 31). Quindi venne rigettata la domanda di un giuramento decisorio tendente a provare che l'impugnante aveva una precedente cognizione della scrittura. Tale decisione, irrazionale certamente se non illegale, proverebbe quanto sia benefica la dichiarazione o aggiunta fatta dal novello articolo.

(3) Ad esempio indichiamone alcune. Se l'atto si presenti con tutti i caratteri della verisimiglianza; se ivi si enuncino circostanze stringenti e non impugnate a coartare che il contratto non può essersi compiuto dopo il tempo enunciato; se le persone dei contraenti siano superiori ad ogni sospetto; se non risulti la causa del simulare; se invece la impugnazione si dimostri cavillosa, diretta a fine di stancheggio, ecc.

(4) Il bollo postale, se cade sul corpo della lettera, e non solo sull'involucro esteriore, è una vera data certa.

Digitized by Google

sua data, ossia il momento della sua formazione. Ma la prova testimoniale diventa molto fragile quando una data fortemente attaccata in tempi sinistri e sospetti di frode, come sono quelli della decozione, non possa sostenersi che mediante indizi e congbietture, le quali non hanno per appoggio che il detto di testimoni. Una dimostrazione congbietturale, sempre debole quando non è tratta dalle viscere dell'atto, avrebbe un fondamento non meno labile di fronte a circostanze così contrarie. Il giudice avvertirà che niente l'obbliga ad ammetterla, memore di quella prudente riserva — *semprechè l'autorità giudiziaria creda di ammetterla* (articolo 92).

Osservo ancora che codeste prove suppletorie possono dedursi da due ordini di fatti. Gli uni *derivanti dallo stesso contraente;* gli altri *dal terzo*, che impugna la data della scrittura. Se contemporaneamente, o poco appresso il primo, si è stipulato altro atto la cui esistenza si attiene o corrisponde all'atto impugnato, per esempio all'indomani si è fatto un rogito, quindi un atto per sè certo, che non si sarebbe fatto senza l'altro pel quale nasce il contrasto (1), si ha bensì una prova indiretta, ma di alto valore, sebbene desunta dal fatto del contraente. Ma il terzo medesimo può aver fatta qualche convenzione o emesse delle dichiarazioni che valgano a ricognizione o ratifica. Fingiamo il caso: Pietro, mediante scrittura datata il 15 gennaio, ha ceduto a Paolo il suo negozio con tutti gli accessori, crediti relativi, ecc. Un terzo, il signor Giovanni, che è insigne creditore di Pietro, pretende di esser stato defraudato; e sostiene un sequestro coll'argomento di un'antidata simulata a suo danno. Ma Paolo lo rimbecca, provando che lo stesso Giovanni nel giorno 16 gennaio acquistò da lui direttamente, e quale successore di Pietro, dei crediti del negozio; ovvero risulta da sue lettere ch'egli trattò con esso Paolo l'acquisto del negozio medesimo (2).

341. Un'ultima osservazione sui *contratti verbali*.

I contratti verbali non ostendono la loro *data*; i terzi vedono, per così dire, il fenomeno; vedono che certi effetti, certe azioni o diritti fecero passaggio dal loro debitore ad altre persone, perchè queste posseggono i mobili od esercitano le azioni di colui che io suppongo debitore di terzi che hanno perciò interesse di sindacare il fatto suo. Pongo un caso molto ovvio e frequente. Tizio, commerciante, prima della dichiarazione del suo fallimento ha ceduto i mobili che teneva nel suo magazzino di fabbricatore, a Mevio, altro commerciante. Chi rappresenta il fallimento lo chiama in giudizio per la restituzione dei mobili che erano certamente in mano al fallito pochi giorni fa, e ora si trovano presso Mevio non si sa per qual titolo (3).

Generalmente i mobili, e fra questi, a causa d'esempio, le granaglie, i prodotti agricoli, i bestiami portati al mercato, i commestibili, anche in grande quantità, esposti nelle botteghe, ecc., si vendono senza scritto, passano di mano in mano con un cenno, con una parola; e così bisogna che sia, nè si potrebbe altrimenti. Forse quei mobili non erano nella proprietà di coloro che gli hanno venduti: ma tant'è; i compratori non possono essere molestati, perchè il possesso dei mobili vale titolo, siccom'è noto. Ma con ciò si vuol protetta la buona e non la mala fede (4); vero è però che la buona fede si presume. In questo stato di cose il terzo, che possiamo credere un proprietario il quale si propone di rivendicare da un altro terzo, il compratore, i mobili suoi propri, deve armarsi di prova contraria; deve stabilire che il compratore era in mala fede, quanto dire, sapeva che quei mobili non appartenevano al venditore, e ch'egli non poteva disporne.

Torniamo alla nostra ipotesi. Il sindaco del fallimento intende ad annullare il contratto dei mobili, secondo lui, consumato dal fallito entro i dieci giorni anteriori alla cessazione dei suoi pagamenti.

Le questioni che si offrono sono due: 1° Se la cessione, qualunque ne sia il titolo, sia stata fatta nei dieci giorni; 2° se non sia a titolo

---

(1) Apparisce da una scrittura in data 15 gennaio che il negoziante *B.* ha ceduto degli effetti commerciali al negoziante *C.*; quella data è controversa. Ma *C.* prova che nel 16 del mese egli rimetteva a *D.* gli stessi capitali a soddisfazione di un suo debito; e l'atto è di sua natura provante, cioè un pubblico rogito.

(2) Le complicazioni possono prodursi quando una prova imperfetta voglia confortarsi con altra prova imperfetta; con scritture egualmente impugnabili; con atti suscettibili pur essi di controversia; ma noi non possiamo andare più oltre.

(3) Non risultando il titolo, poichè si pone in ipotesi un contratto verbale.

(4) Condizione che è stata messa in maggior rilievo dall'articolo 707 del Codice civile italiano, che, paragonando con bello accorgimento *i beni mobili di natura ai titoli al portatore*, inculca la buona fede del terzo.

d by Google

oneroso e di buona fede rispetto al terzo (1). Questi due aspetti della questione si ravvicinano in un modo affatto singolare nel presente esame. Certo il tempo nel quale è seguita la vendita dei mobili può influire sulla buona fede dell'acquisto: e si dimostra col nostro quesito al solo proporlo. Ma qui non c'è uno scritto che presenti una data che si crede finta e menzognera; non c'è nulla fuori del fatto che resta ancora a spiegarsi. Il sindaco del fallimento non deve forse provar nulla? Non ispetta a lui il provare che la cessione è stata fatta nel tempo proibito? Potrà egli opporre la mala fede dell'acquisto se primamente non metta in chiaro che la cessione è stata fatta dal fallito appunto in quel giro di tempo?

Senza dubbio a lui spetta farne la prova. E sotto questo punto di vista *il contratto verbale è più favorevole ai contraenti che il contratto scritto*. E la ragione qual è? È questa. Che quelli che fanno un contratto per iscritto, enunciando la data (2) e opponendo lo scritto al terzo, fondando cioè la loro azione o eccezione sullo scritto medesimo, sono in debito di giustificare anche il tempo quale complemento del fatto storico che si adduce. All'incontro, se dopo una cessione verbale che non lascia traccia, il possessore dei mobili si vede attaccato di mala fede per aver acquistato in tempo sospetto, egli si difende col dire: provate. Per lui il possesso dei mobili val titolo, e titolo giusto sino a prova contraria.

È forse il solo o uno dei pochi casi nei quali si possa fare una questione di tempo in fatto di cessione o vendita di mobili (3); non così nella ipotesi di cessione di diritti, di azioni, di crediti. Non essendo il cessionario protetto dal possesso, come titolo, a lui appartiene il fare la dimostrazione del suo acquisto, e quindi anche del tempo del suo acquisto: ben inteso che, secondo la legge di commercio, può farsi in molte guise la prova, coi libri, colle fatture già in corso, e anche con testimoni.

342. Fra i contraenti la data scritta è una verità; talvolta è un artificio e una frode rimpetto ai *terzi*. Ma chi sono i terzi?

Io comprendo che la teoria assume una certa generalità che sembra sorpassare lo scopo del nostro commento speciale; potrei anche dispensarmene con un facile rinvio agli scrittori della materia, che del resto hanno detto tutto quello che si doveva. Ma alcuno potrebbe sentire il bisogno di qualche pronta nozione e gravargli di consultare altri libri. Io intendo di fare questa comodità al lettore, e compiere nello stesso tempo la illustrazione del nostro articolo. Bisogna convenire che, per quanto il soggetto sia tutt'altro che pellegrino, non manca di gravità.

I non contraenti sono terzi: ho detto più sopra che i terzi sono il pubblico commerciale che ha interesse di contraddire alla sospetta testimonianza dei contraenti in ordine al tempo della loro contrattazione. Ma vi è un limite. *Gli eredi e gli aventi causa* (4), quantunque non siano di coloro che *hanno sottoscritto l'atto*, non sono terzi.

a) *Aventi causa. Successori singolari.*

Veramente la formola *aventi causa* esprime un *rapporto derivativo;* significa l'esercizio di diritti che emanano da tale che è nostro autore (5). Non ha due o più significati; ma egli è che l'*avente causa* non è assorbito nella persona dell'autore, non lo rappresenta come persona identica (6), e può esercitare dei diritti in opposizione. Allora per certo non agisce *in quantum causam habet*.

Il successor singolare può dirsi il tipo dell'avente causa che può esercitare i diritti dell'autore o esercitarne altri contro lui. Il compratore è un *avente causa* quando sostiene i

(1) Vedi articolo 333.

(2) Si direbbe lo stesso se la scrittura non avesse data.

(3) Se invece si trattasse di rivendicazione di mobili, il punto controverso è meno il tempo che la ragione della proprietà che il rivendicante deve sempre provare.

(4) « La scrittura privata riconosciuta da quello « contro cui si produce, o legalmente considerata « come riconosciuta, ha la stessa fede fra quelli « che l'hanno sottoscritta *e fra i loro eredi e aventi « causa* ».

Questa redazione è ancora la francese, malgrado la critica di MERLIN, al quale quei due *fra* non piacevano punto (*Répert.*, v° *Tiers*, § 11), sembrando ad esso fare equivoco, quasi si potesse credere che la scrittura non potesse obbiettarsi che *fra gli eredi ed aventi causa* (fra loro), e non da questi al sottoscrittore dell'atto, o viceversa.

Dicesi scrittura *riconosciuta*, cioè ammessa per propria o non negata dallo stesso sottoscrittore dell'atto; che per certo è la questione pregiudiziale.

(5) Non sussiste ciò che qualche scrittore ha detto (gli annotatori del ZACHARIÆ, edizione napolitana, nota al § 750, § 2) che la parola *avente causa* non ha un significato *preciso e invariabile;* e s'intende *juxta subiectam materiam*.

(6) È chiaro che l'erede beneficiario ritiene egualmente dei diritti distinti.

Digitized by Google

diritti del venditore in lui trasfusi; non agisce come tale, ma in senso opposto e contraddittorio, quando gli muove delle azioni onde adempia i suoi doveri di venditore: ad esempio, lo difenda da una minaccia di evizione (1).

È noto l'obbietto di Toullier (2), già confutato in modo da non poter risorgere (3). Dopo quello che è stato ampiamente disputato sull'argomento, io sarò assai breve.

Toullier non distingue: e qui sta l'errore. In primo luogo non distingue l'*avente causa* dall'erede o successore universale, in quanto cioè suppone che il successor singolare non abbia, rapporto al titolo da cui procede, nè più nè meno che i diritti del suo autore, e non sia per esercitarne altri diversi ed opposti. In secondo luogo non osserva che il successor singolare può bensì derivare il suo diritto fondamentale dall'autore, ma può trovarsi di fronte altri derivatari ai quali ha interesse di far opposizione, i titoli dei quali non è obbligato in guisa alcuna a rispettare.

Il primo aspetto è generale; e ritenuto che il successore singolare può avere dei diritti opposti a quelli dell'autore, o dedotti dallo stesso titolo o da titoli estranei e suoi propri (4), ne viene aperta la conseguenza che l'*avente causa* non ha coll'autore i rapporti dell'erede o donatario universale, ma assai più limitati e dissimili.

Questo solo già sconcerta il piano di Toullier e smuove la base del suo ragionamento, quantunque sia vero che il compratore (per restare nella nostra ipotesi), finchè contrasta col venditore, spiega, interpreta, impugna fors'anche le apparenti sue obbligazioni; ma non può mettere in controversia la realtà, la esistenza, la verità materiale della scrittura, nè la data ch'essa esprime, essendo un fatto ad amendue comune (5).

È veramente nel secondo aspetto che si discute la lite di Toullier; nei limiti di una specie, e, direi così, sur un terreno concreto.

Sotto questo punto di vista la cosa diventa subito chiara. Ecco la specie, o almeno una delle più semplici, e la prendo da Merlin.

Sotto la data del 10 giugno 1868, *A.* vende a *B.* un podere mediante scrittura privata.

B. rivende il podere a *C.* con altra scrittura, che ha la data del 15 luglio successivo, e questi fa trascrivere amendue gli atti nello stesso giorno nei pubblici registri.

Ma qualche tempo dopo viene in scena un altro. *D.* allega di aver comprato anteriormente da *B* lo stesso podere, e vi arreca una scrittura che ha la data del 1° luglio: pretende di essere preferito coll'aiuto di questo discorso. Noi siamo due cotali che *abbiamo causa* entrambi da *B.* Voi dunque sig. *C.*, in qualità di avente causa, dovete ritenere per vera la vendita a me fatta da *B.* nel 1° luglio, e cedere le armi.

Mi pare che in una specie come questa è, non fosse facile d'illudersi. Il titolo da cui i due contendenti verrebbero derivando il loro diritto di compratore, l'atto fondamentale e comune, è la vendita fatta da *A.* a *B.* nel 10 giugno, senza il quale *B.* non avrebbe avuto proprietà da alienare. Ma qui il rapporto di *avente causa* finisce. Rispetto alla vendita che si dice fatta da *B.* a *D.* nel 1° luglio, *C.* è, in tutta la estensione, *un terzo*. In effetto il compratore è un terzo in ordine a quegli atti che il venditore si permette di fare in opposizione al contratto, e a pregiudizio del compratore. Quindi compete a *C.* la eccezione di falsa data, e può sostenere che la vendita è stata simulata; ad ogni modo essere posteriore al 15 luglio, nel qual giorno il suo titolo acquistò data certa (6).

b) Il *creditore* si trova in rapporto di avente causa col *debitore* quando ne esercita i diritti ed occupa la sua stessa posizione in faccia ad altri pretendenti; *è terzo* ogni volta che deve

(1) Così il creditore che ora assume i diritti del debitore nei quali si ritiene subentrato, ora lo perseguita, gli fa addosso un pignoramento, ecc.

(2) Tom. VIII, pag. 245 e seg., tom. X, pag. 376 e seg.

(3) Merlin, loco citato; Grenier, *Ipoteche*, t. II, pag. 354; Duranton, tom. XIII, pag. 129 e seg.; Troplong, *Ipoteche*, n° 529; Bonnier, *Delle prove*, n° 529. E vi si possono aggiungere i principii insegnati da Dumoulin, da Pothier, e da altri più antichi. Diceva Pothier, con quella forma ch'egli imitava così bene dal linguaggio classico, che gli era famigliare: « Quoad jus et effectum actus gesti, « quæritur *an inter quos confectus est*, eorum hæredes et causam habentes IN QUANTUM CAUSAM HABEANT, aut inter pœnitus extraneos ».

(4) Per esempio Tizio ha comprato da Mevio un fondo mediante scrittura. Più tardi scopre che quel fondo era suo e non già di Mevio venditore, e fa annullare la vendita.

(5) Salvochè non neghi di riconoscerla, perchè falsa.

(6) Se non avesse acquistata data certa, fra due scritture private venute in contestazione di tempo, forse *D.* aveva ragione d'anteriorità: ma come ognun vede, non è qui la questione; ma solo se *C.*, come *avente causa*, fosse tenuto a rispettare il fatto dell'autore comune.

Digitized by Google

compellerlo al pagamento o ributtare le sue frodi: perchè insomma si è sempre terzi quando si agisce in senso ostile o contrario, avendo il diritto di farlo (1). Nel primo caso, non potrebbe il creditore senza contraddizione valersi delle convenzioni fatte dal debitore, e ad un tempo impugnarne il portato. I creditori del fallimento, che vogliono giovarsi di quelle del fallito, sebbene non abbiano data certa, sono in pari condizione (2). Ma i sindaci sono terzi rispetto a coloro che pretendono di avere acquistate delle merci dal fallito in forza di scritti privati prima del fallimento (3).

E pure rispettivamente al debitore si considerano terzi i creditori che professano diritti sui beni del debitore in virtù dei loro titoli particolari e in relazione a questi medesimi titoli, in quanto si oppongono a quelli di altri creditori. Fintantochè il creditore sequestratario fa valere i diritti del suo debitore contro il sequestrato, chi lo rappresenta è un *avente causa;* ma come altri creditori sorgano a contrastargli quel po' di ben di Dio che forse non basta per tutti, eccolo ridivenuto un terzo per impugnare le date di quelle scritture private che costituiscono un pegno o una cessione a favore dei suoi avversari. Codesti esempi, d'altronde assai comuni, possono moltiplicarsi.

Teoria del conto corrente.

343. *Introduzione.*
344. *Nozione primaria del conto corrente.*
345. *La disponibilità dei valori rispettivamente accreditati è caratteristica del conto corrente; e in quai casi la disponibilità non esiste.*
346. *Trasporto dei valori in conto corrente. Valori privati e realizzabili. Della riserva —* salvo incasso. *Dei valori pubblici ricevuti al corso. E delle partite in credito.*
347. *Il conto corrente è un contratto reale. Difficoltà che s'incontrano dal tenitore del conto di fronte ai creditori del suo corrispondente fallito, a rilevare se le iscrizioni di valori non ancora realizzati, contengano anticipazioni fatte in credito, e perciò aventi un carattere definitivo.*
348. *Gli effetti commerciali trasmessi al corrispondente, se il valore è portato in conto corrente, s'intendono esser trasferiti in di lui proprietà, quindi stare a carico suo il danno fortuito.*
349. *Della imputazione di pagamenti eseguiti in conto corrente nella estinzione di debiti più gravi; e se possa operarsi prima del tempo in cui il conto si chiude e si definisce.*
350. *Del non potersi oppignorare le somme versate in conto corrente.*
351. *Il creditore in conto corrente non può di proprio moto e autorità valersi delle rimesse fatte dal corrispondente ad oggetto diverso. Confutazione di una opinione di* DALLOZ.
352. *Le somme rispettivamente entrate a debito in conto corrente producono interessi di pieno diritto; la liquidazione e chiusura del conto non ne arrestano il corso sino al pagamento effettivo.*
353. *Della capitalizzazione degli interessi. Qual tempo abbia a decorrere perchè gli interessi scaduti acquistino grado di capitale e producano altri interessi.*
354. *Se sia stata trascurata l'annale chiusura del conto, il calcolo degl'interessi non si fa più che sul risultamento finale.*
355. *Prescrizione degli interessi dei capitali in conto corrente. Prescrizione dell'azione di rendiconto.*

(1) Questa riserva è necessaria perchè il concetto sia esatto. L'erede universale o semplice non potrà allegare la qualità di terzo eccitando opposizioni che non gli è lecito di fare contro i fatti dell'autore.

(2) Se i creditori del fallito richiedono il prezzo degl'immobili da lui venduti, ne accettano il fatto e se lo appropriano.

(3) Bruxelles, 21 settembre 1816 (*Pasicris.* belga), ZACHARIÆ, § 736, num. 2.

Digitized by Google

356. *Del diritto di commissione, quale titolo accessorio al contratto di conto corrente e della legittimità delle convenzioni relative.*
357. *Della chiusura e termine del contratto di conto corrente. Cause volontarie; cause necessarie della cessazione.*
358. *Della formazione di un nuovo conto corrente.*
359. *Del* CREDITO APERTO *con garanzia ipotecaria in relazione alla teoria del conto corrente.*

343. Il *conto corrente* è un contratto *sui generis;* tale che nella sua essenza e nel suo risultato racchiude una multiforme quantità di elementi contrattuali che l'analisi discopre; e talvolta il lavoro stesso dell'analisi si ricerca perchè l'interno meccanismo conferisca a mettere in chiaro una nozione giuridica, e per ravvisare la legittimità della operazione in confronto dei soliti contrasti che si elevano ad ogni piè sospinto nei giudizi. Perfetto silenzio su tutta la linea del Codice. Non vi ha forse delle regole, non si governa forse con principii questa contrattazione giornaliera, continua, incessante fra gli uomini che esercitano un commercio attivo e pieno di complicazioni?

Parmi aver già detto che è nell'indole, se non voglia dirsi nella necessità, di un Codice di commercio di lasciarsi addietro, come un sottinteso, un gran cumulo di fatti commerciali, i quali fatti esso domina, direi quasi, da lontano colla virtù di certi canoni generali e col suo spirito, ma non li collega a sè e alla propria azione col vincolo dei precetti e delle discipline; ed è ottimo senno. Tutti i legislatori lo hanno compreso. Primieramente perchè l'opera legislativa, in fatti infinitamente complessi, non potrebbe che tornare imperfetta; e come insufficiente, perciò dannosa, impotente, confusa. Poi perchè il Codice di comm. è piuttosto il prodotto, la risultante massima della vitalità commerciale che lo precede, lo anima, lo circonda e lo sorpassa. Un Codice prolisso e minuzioso che si togliesse a descrivere tutte le operazioni commerciali, tenderebbe a fissarle: e questo sarebbe un gran male; si tradurrebbe in impaccio ed in ostacolo al continuo progresso.

Anche qui potrei rinviare agli scrittori che ci danno le più estese dimostrazioni del conto corrente; mi parrebbe tuttavia di lasciare un vuoto. Oltre che ogni scrittore, per quanto mediocre, porta un'idea nel suo corbello non recata da altri; e la forma stessa succinta, precisa e applicata a uno speciale lavoro, è già qualcosa di proprio.

344. Daremo il primo posto alla definizione offertaci dai signori DÉLAMARRE e POITVIN, che è in voce di essere la migliore. Il conto corrente « est une convention en vertu de « laquelle l'un des contractants remet à l'autre, ou reçoit de lui, de l'argent et des valeurs non spécialement affectés à un emploi « déterminé, mais bien avec pouvoir d'en disposer en toute propriété, et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet; en un mot, à la « seule charge de celui qui reçoit d'en créditer le remettant; sauf réglément par compensation jusque à due concurrence des remises respectives sur la masse entière de « débit et de crédit » (*Tractat de commission*, tom. II, n° 495; NOBLET, v° *Compte courant*, pag. 4).

Vi ha chi ci avverte (1) che non si prenda alla lettera la parola *convenzione*, mentre non importa convenzione: e basta il fatto; il che è vero, e diremo che è convenzione tacita, essendo tal fatto che produce i più importanti effetti giuridici. PARDESSUS considera il solo tessuto materiale del conto, dicendo nella edizione del 1836: « On nomme compte courant « *le composé de tout ce que deux commerçants* « *se doivent réciproquement* pour les lettres de « change, mandats, etc., billets ou autres effects, qu'ils tirent l'une sur l'autre, qu'ils se « transportent, ou qu'ils acquittent à leur réquisition respective; en un mot, tout ce qui « a pour effet de modifier successivement entre « eux les rapports de débit et de crédit » (n° 475).

345. La *disponibilità* dei valori rimessi costituisce reciprocamente il credito dei due commercianti; altrimenti si formerebbe un contratto di deposito o pegno, o qualche altro. *La disponibilità è la proprietà.*

Non vi ha propriamente disponibilità se non quando non si è tenuti a render conto dei valori ricevuti; ma s'essi hanno una destinazione prefissa ed accertata, il contratto cangia carattere. Se il commerciante *A.* rimette al com-

(1) ALAUZET, *Comment.*, num. 630.

Digitized by Google

merciante *B.* una somma di lire 10,000 colla commissione di acquistare cambiali sulla piazza di Milano, benchè la somma passi in dominio del ricevente, nondimeno non vi sarà materia di conto corrente, mentre *B.* non può ritenere la somma a debito o accomodarne lo importo nei propri crediti, ma deve impiegarlo in un oggetto determinato. Oggetto determinato si intende eziandio se le rimesse siano affette a certi pagamenti, alla estinzione di certi debiti.

E sono veramente contratti, ma d'altra natura. Sono i contratti di commissione o di mandato o di deposito; misti dell'uno e dell'altro, producono effetti dissomiglianti. Il Codice incidentalmente ci lascia un esempio solenne di quest'ultima maniera di contratti nel titolo. *Della rivendicazione.*

La ipotesi dell'articolo 687 è questa: che il fallito abbia fatte delle rimesse ad un suo corrispondente qualunque coll'incarico di fare le riscossioni e di custodirne il valore a conto di lui rimettente; e qui concorre insieme il contratto di mandato e di deposito, e sfugge l'idea del conto corrente. Certo egli è che se, mancando questi caratteri distintivi e discretivi che vogliam dire, i valori passano in conto corrente, la rivendicazione non può aver luogo: la proprietà è già trasferita nel ricevente.

Senza dubbio la efficacia giuridica del conto corrente riposa nello spirito costante, e direi immanente, delle due parti che continuano in quella volontà, la quale si manifesta nel giro dei fatti. Il passaggio del valore addebitato e rimesso in un conto corrente aperto e pendente fra le parti, è tutto quanto si ricerca alla trasmissione della proprietà, considerandosi il ricorrente come *procurator in rem suam*, e investito di quella facoltà. Insegnano i signori DÉLAMARRE e POITVIN (*Contrat de commission*, tom. II, num. 483) non potersi opporre la girata irregolare di un effetto commerciale (che in altri casi non costituirebbe che un mandato), mentre è l'annotamento nel conto che determina il trasferimento della proprietà, ed ha fondamento di giusta causa nel consenso reciproco delle parti (1).

316. Come da un lato il commerciante che riscuote valori del suo corrispondente ne ha la disponibilità e il dominio, dall'altro glie ne diventa debitore; ma i valori il più delle volte sono figurati da effetti esigibili: l'uso è che al riceverli se ne faccia l'addebito in conto corrente. Sogliono i più esperti scriverví di rincontro — *salvo incasso* — ma non sempre la prudenza suggerisce questa riserva; e allora interessa al commercio sapere se la riserva si abbia tuttavia per sottintesa.

Siamo istrutti dagli scrittori francesi, che un gran rumore di opposte e contrarie sentenze fu nelle Corti d'appello; e fra quelle che negarono il sottinteso fu la Corte di Rouen (2) con una ragione abbastanza speciosa. Un commerciante aveva ricevuto dei valori mediante lettera di cambio del rimettente e non appose la riserva. Era dimenticanza? Era proposito per la fiducia che si aveva nella solvibilità del corrispondente? Costui mancò al credito: il banchiere allegò che non aveva fatto l'incasso; ma la Corte decise che ciò non importava, avvegnachè si fosse per lui corsa la fede personale dell'amico, e dovesse dividere la sorte di tutti gli altri creditori (3). Sotto l'aspetto giuridico la questione non è priva di difficoltà, ed è tale che dovrebbe decidersi da un giurì di commercianti. Come la intendono essi? La Corte suprema di Francia (questa volta almeno la Corte di cassazione avrà contribuito alla unità della giurisprudenza) decise più volte, e a lunghi intervalli, che la riserva doveva aversi per sottintesa (4): la grande equità di codesta decisione è stata certamente apprezzata dal mondo commerciale.

Talvolta noi riceviamo dai nostri corrispondenti dei titoli, come sarebbero effetti pubblici, azioni industriali, e li scriviamo in conto corrente al valor nominale (5). o al valore in corso di giornata. Essendo però di sua natura variabile questo valore, resta a conoscere se la iscrizione sia o no definitiva, e venga a modificarsi in ragione dell'effettivo che sarà realizzato. Fra il caso presente e quello or ora accennato, corre non poco divario. Un titolo

(1) Elementi propri del conto corrente sono i valori. Le specie, cose fungibili, ecc., non possono farne parte se non liquidato il valore fra le parti (DALLOZ, *Comple conr.*, num. 20). Per conseguenza non si opera il trasferimento della proprietà con questo mezzo; ossia non si ha un conto corrente di specie, di oggetto, benchè non risultino gli annotamenti nei libri rispettivi.

(2) 18 giugno 1845 (SIREY, tom. XLVI, part. II, pag. 70).

(3) Si può supporre che il conto corrente si fosse chiuso e saldato con quell'addebito, operandosi una novazione, per la quale il banchiere divenne creditore di un fallito.

(4) 15 gennaio 1823, 20 dicembre 1837 (SIREY, tom. XXXVIII, part. I, pag. 46), 10 marzo e 10 agosto 1852 (SIREY, tom. LII, part. I, pag. 238 e 609).

(5) Indicati semplicemente al valor nominale questi titoli, senza riserve, s'intende al prezzo di giornata.

Digitized by Google

privato, una cambiale, non ha un valore generale e di corso; per essi il nominale è determinato e invariabile; si riscuote o no alla scadenza: ecco tutto. Ma su questo passaggio ci è d'uopo anche qui segnalare un fatto che modifica l'applicazione della teoria.

A. spedisce a *B.*, col quale tiene aperto un conto corrente, delle cambiali su terzi. *B.* le negozia e le realizza mediante girata, e la somma riscossa passa in conto corrente. Nulla di più semplice: la novazione è perfetta. Là cambiale potrà al suo giorno cadere in protesto, e *B.* trovarsi esposto quale girante; con tutto ciò la partita in conto corrente non subirà la menoma variazione; poichè se piacque a *B.* di realizzare lo importo della cambiale e disporne, egli ha accettato o preferito questo modo di pagamento, ed è perciò definitivo; mentre conservando l'effetto per riscuoterlo alla scadenza, la iscrizione di esso in conto corrente avrebbe implicita la clausola salutare — *salvo l'incasso.*

Ora un titolo che ha un valore pubblico e di corso si accetta o non si accetta: se il corrispondente ne porta il valore al corso della giornata, e se ne addebita al conto corrente, il fatto è definitivo; e non può sorgere neppur reclamo di parte del remittente, che si crede sempre volere il prezzo della giornata, effettuandosi la traslazione del dominio tostochè, per così dire, la mano del corrispondente tocca gli effetti a lui trasmessi, ove la tradizione manuale (o anche ideale quando possa equivalervi) sia seguita dall'agnizione mediante la scrittura nel *Dare* del conto. La variazione del mercato non potrà essere che in vantaggio o in danno dell'iscrivente.

È definitiva (secondo il Noblé, *Compte courant*, pag. 17) la iscrizione in conto corrente: 1° di un credito che l'iscrivente professa contro il suo corrispondente; per esempio (dice Noblé) un credito risultante da giudicato; 2° se trattasi di un credito di un terzo verso il proprio corrispondente del quale l'iscrivente si faccia cessionario (Dalloz, *Répertoire*, v° *Compte courant*, n° 19).

Ognun vede che in queste due ipotesi proposte dal Noblé, e riferiteci dall'ottimo Dalloz, noi siamo portati in un campo opposto d'idee. Se nel conto corrente io non *accredito* il mio corrispondente, ma lo *addebito*, in verità la clausola *salvo incasso* non ha che fare, perchè con tale annotazione intendo rimborsarmi totalmente di quello che mi è dovuto. Confessare un debito dipende da me, restando a sapere se io lo ammetta assolutamente o con qualche condizione: ma non posso scrivere a mia posta, e secondo il mio interesse mi detta, una partita in credito. Quindi la regola — *che la pagina di debito del conto corrente fa prova contro lo scrivente; ma la pagina di credito vuol essere comprovata con altri mezzi* (1).

—

347. Il conto corrente è un complesso di operazioni giuridiche le quali hanno una efficienza più o meno distinta, e si rivelano coll'analisi o colle applicazioni pratiche.

La base di questo contratto è *reale*, e la tradizione è necessaria a costituire il debito effettivo. La iscrizione in conto corrente potrebbe farla supporre se fra commercianti, e specialmente fra corrispondenti legati con rapporti di fiducia e d'intimità, non si trattassero spesso operazioni di credito, che, passando allo stato di convenzione tosto che sono stabilite, prendono posto nel conto, ma colla riserva espressa o sottintesa della realizzazione. Se il mio corrispondente accetta una mia tratta e non la paga, non diventa mio creditore, quantunque io lo avessi accreditato in conto corrente (2).

Nondimeno può elevarsi una difficoltà. Il commerciante *A.* che ha ricevuti degli effetti commerciali di accettazione del suo corrispondente *B.*, portandone l'importo in proprio debito, può avere avuto in animo, a consenso reciproco, di fargli una specie di anticipazione, non rinunziando per questo alla legittima riserva del pagamento effettivo, ma formando un credito verso di lui, il che è molto diverso dal fare un'annotazione a pura regolarità e memoria. Al fallimento di *B.* i sindaci si faranno a sostenere che si è fatta una novazione, senza opporsi al diritto di *A.*, per essere ammesso al concorso come creditore di titolo non iscaduto; ma ciò sarà a sua gran perdita, perchè questa è la sorte di tutti i creditori di un fallimento. Invece se la iscrizione nel conto corrente dovesse considerarsi *a pura memoria*, e alla condizione di futuro incasso, ove questo non segua, la partita va cancellata, ed *A.* non

(1) Perciò ad epoche più o meno fisse i commercianti si comunicano l'estratto del conto che appurano al riscontro dei libri rispettivi, e concordano le partite, altrimenti non potrebbe il conto corrente proseguire fuori del reciproco accordo.

(2) Questa giurisprudenza è sicura (Dalloz, *Compte courant*, § 2, n° 46). Vedi il nostro n° 340.

Così pure decise la Cassazione di Torino in una sentenza del 18 maggio 1834 (*Gazzetta dei Tribunali*, t. I, pag. 310).

guadagna nè perde (1). È una questione di fatto. Il Tribunale di commercio della Senna escluse la intenzione di fare delle anticipazioni per la circostanza che il corrispondente aveva insistito per avere delle garanzie (22 settembre 1841, Dalloz, n° 46).

La insistenza colla quale questo autorevole tribunale esprime il fatto della richiesta garanzia a mostrare la poca fede che il ricevitore della tratta aveva nella promessa personale del suo corrispondente (2), starebbe a provare la inclinazione della giurisprudenza a ritenere definitive le iscrizioni in conto corrente a fronte di un fallimento (3). Abbiamo veduto una decisione della Corte suprema di Francia dichiarare, che le tratte trasmesse ad un corrispondente e portate in conto, si ritengono passate in debito (4) senz'attendere la riscossione (Cassazione francese, 9 gennaio 1838, causa Calmels; 27 aprile 1846, causa Cordonnier, *Journal du Palais*, tom. I, p. 243); onde la conseguenza, che se fra la rimessa e il pagamento il traente fallisce, il trattario non è ammesso a compensare il credito dei valori relativi da lui rimborsati a terzi, col debito del quale il conto corrente lo accusa verso il fallito (Corte di Rouen, 13 dicembre 1841).

348. Che le tratte rimesse al corrispondente *simpliciter*, senza nota di particolare e diversa destinazione, passino nelle proprietà di lui, è un canone di questa teoria; per cui non si mette in dubbio che il corrispondente è caricato dei danni derivanti dal fortuito; ad esempio, se le carte esprimenti i valori venissero distrutte da un incendio; e si avvera per lui: *res perit domino*. Io applico tuttavia questo principio con riserva, e dico, che ha luogo allorchè il corrispondente ha passato l'importo nel conto corrente in segno di accettazione; qualunque poi sia il significato giuridico che si possa attribuire a questo fatto relativamente alla obbligazione che ne risulta (5).

349. *Imputazione, compensazione.*

« Chi ha più debiti della stessa specie ha « diritto di dichiarare, quando paga, qual sia « il debito che intende di soddisfare » (articolo 1255 del Codice civile).

È disputazione grave e rilevante, se il pagatore possa pretendere d'imputare le somme pagate nel debito più antico o più grave, rimanendo tuttavia aperto e corrente il conto.

L'opinione negativa ha dei forti oppositori. Bisognerebbe, si dice, supporre che all'invio rispettivo dei valori, o al rispettivo loro incasso, si venisse di volta in volta e di tratto in tratto a regolare il conto; ma è cosa assurda a pensare, mentrechè si verrebbe così arrestando la marcia del conto, e ad ogni ripresa sarebbe conto nuovo. Ciò inoltre sarebbe incompatibile colla natura del conto corrente, che svolgendosi d'ora in ora, e variando continuamente, non lascia scorgere chi dei due sia debitore e creditore; ma imputazione e compensazione non è possibile concepire se non si

---

(1) L'esempio rende sensibile la idea. *A.* e *B.* hanno aperto un conto corrente fra loro. Il dare di *A.* è di lire 150, il suo avere è di lire 100. Più oltre *B.* invia al corrispondente una sua accettazione di lire 150 pagabile fra due mesi. Pochi giorni dopo *B.* perde l'equilibrio e fallisce. Intanto si era addebitato in conto corrente della tratta come danaro; e così risulta debitore di lire 200 I sindaci dicono ad *A.*: pagate le 200. Ma questi risponde che la iscrizione delle 150 fu nominativa soltanto e provvisoria, e legata all'esito della tratta. I sindaci replicano che il conto corrente rimane in quello stato definitivamente, poichè il signor *A.* ha creduto a *B.*, e ha ricevuto la tratta come contante, *e si è fatta novazione*. Si ammette però che gli rimanga un credito verso il fallito a garanzia del titolo ceduto. Facciamo il calcolo. Se *A.* ha ragione, cancella la partita, e non è debitore che di 50. Se non ha ragione, deve 200 sul conto corrente, salvo di esigere, supponiamo, il dieci per cento sul credito di 150; ossia a tutto rimborso non esige che quindici.

(2) Dopo avere indicate quali fossero, il tribunale riflette che non è un contegno comune ai corrispondenti in commercio: « Que de pareilles réserves, « généralement considérées comme étant de droit, « ne sont pas abituées, *parce qu'elles sont blessantes* « *par celui auquel elles sont adressées*..... ». Vi era dunque un vero bisogno di questi preliminari per difendere il banchiere dalle azioni dei creditori del fallito.

(3) È importante il distinguere i rapporti personali del corrispondente verso l'altro, in ordine ai quali l'annotamento di valori non realizzati si reputa in conto sospeso, come si è detto al n° 346 e nell'esordio del presente, e la posizione del banchiere debitore del fallito in conto corrente verso i di lui creditori.

(4) Questa massima controversa deve aversi per certa quando il corrispondente non si è contentato di trasportare il valore nel conto, ma ha negoziato a proprio profitto il recapito, come si è avvertito al suddetto n° 346.

(5) Il fatto nudo è prova del ricevimento e del consenso che il corrispondente presta onde quelle rimesse vengano a far parte del conto corrente; e quindi non del ricevimento soltanto (che potrebbe anche risultare da lettera o telegramma); essendo libero allo stesso corrispondente di non fare alcun calcolo delle rimesse, ritenendole semplicemente quale depositario o commissionario per esigere in conto terzo.

abbia conoscenza del credito, e non ne sia accertata la esigibilità (1). A questo si aggiunge un altro argomento, che i propugnatori di questa sentenza reputano decisivo, che cioè i crediti che rispettivamente si vanno formando producono interessi; il che significa che non vi è stato di mezzo pagamento estintivo, come sarebbe d'uopo per attivare la compensazione: finalmente codesti effetti giuridici che si vengono operando *quasi ministerio juris* lungo lo svolgersi di un conto corrente, non possono combinarsi col principio che il conto corrente si compone di somme o valori disponibili (Vedi sopra il nostro n° 345). Fra le altre autorità, si cita una decisione della Corte suprema di Francia, che in modo espresso e solenne stanziò, che le regole sull'imputazione e compensazione tratte dalle leggi civili non sono applicabili al conto corrente fra commercianti (2).

Una dottrina che ha tali fondamenti e tali sostegni, deve già dirsi aver causa vinta; ma io fermamente credo che non vi abbia una vera divergenza fra le idee, e sia facile il conciliarle.

La Cassazione subalpina, 5 aprile 1856 (3), decise che allorquando il tribunale riconosce la esistenza fra le parti di più conti correnti distinti fra loro pel loro oggetto, può autorizzare la imputazione dei pagamenti nell'uno o nell'altro di quei conti.

Ma senza supporre il caso non frequente di *più conti correnti*, questa decisione ci pone sulla via per fissare la massima: potersi nello *stringer del conto* riconoscere e stabilire la imputazione di pagamenti eseguiti in certi debiti più gravi ed onerosi, e che si aveva maggior interesse d'estinguere, come dice l'articolo 1258 del Codice civile; e, così spiegandola, può applaudirsi alla dottrina di ALAUZET (4), che, qualificata per opposizione, secondo egli pensa, io dovrei condannare (5). Tal esame e tale definizione, e questo che vorrei dire assestamento degli effetti giuridici prodotto dagli elementi contrattuali che si fondono e pressochè si confondono nel conto corrente, non possono difatti concepirsi che quando il conto si chiude, e può essere dominato da un concetto d'analisi che lo ravvisa come un fatto compiuto.

350. È facile conseguenza dei principii così stabiliti, che i creditori di Pietro, che corrisponde col banchiere Aurelio, non possono pignorare i crediti che si suppone aver messi in conto corrente col detto banchiere, perchè sino a conto definito crediti non possano chiamarsi; nè Pietro può dirsene proprietario, nè sono nella sua disponibilità; nè quindi materia abile ad un pignoramento o sequestro (6).

351. Io non credo che la teoria possa prevenire tutte le difficoltà e spazzare questo campo di spine; o almeno bisognerebbe occuparsene più largamente di quello che a me sia permesso. Gli autori che ne parlano di più, sogliono mescolare di continuo i fatti e i casi pratici alle dottrine, il che non giova a renderne chiara la esposizione. Egli è certo che l'elemento soggettivo, la intenzione, la volontà, vi ha sempre una grande influenza.

Che le rimesse accettate in conto corrente passino in proprietà, ossia che la iscrizione in conto corrente attesti la cessione ed effettui il trasporto nel corrispondente, è indubitato: condizionale o assoluto; dipendente dall'incasso o definitivo nei rapporti del conto corrente, salvo il credito se il pagamento a termine ovvero a semplice memoria, e senza veruna novazione od altro effetto giuridico, è ciò che si decide ordinariamente col fatto, e può essere in certo modo regolato dai criteri che siamo venuti esponendo. Abbiamo accennato che le rimesse con destinazione speciale (7) non appartengono e non fan parte del conto corrente; ma suole elevarsi una questione. Il banchiere Aurelio che si trova avere verso il commerciante Pietro un conto corrente traboccante in credito suo, disposto ad approfittare delle somme che potranno capitargli di ragione del suo debitore, stima di poter con-

(1) In seguito dei principii professati dagli autori di diritto civile (TOULLIER, tom. VII, pag. 343; POTHIER, *Obligation*, ecc.

(2) Sentenza 17 gennaio 1849. Aggiungi decisione 11 dicembre 1848 della stessa Corte di cassazione (DÉLAMARRE e POITVIN, tom. II, n° 362; MASSÉ, tom. II, n° 367 e 362; NOBLÉ, v° *Compte courant*, n° 71; GOUJET e MERGER, n° 28 e 29; DALLOZ, n° 53.

(3) *Gazzetta dei Tribunali*, t. I, pag. 258.

(4) *Comment.*, num. 633.

(5) Dovrei condannarla eziandio nei termini della legge civile, e giusta il citato articolo 1253, che esige la dichiarazione del pagatore, laddove le rimesse in conto corrente sono per loro natura innominate; se fosse altrimenti si avrebbe *affettazione speciale*, e non più conto corrente.

(6) DALLOZ, num. 56. Egli ci ricorda la legge del 29 germinale, anno XI: « Aucune opposition ne « sera admise sur les sommes en compte courant « dans les banques autorisées » (articolo 33).

(7) Per esempio, a pagare il debito *A.* e *B.* del rimettente; ad acquistare effetti commerciali per di lui conto, ecc., che sarebbe la iniziativa di un contratto di commissione.

Google

vertire a scarico del conto corrente la somma di lire 20,000 che Pietro gli spedisce all'oggetto determinato di estinguere una cambiale che gli scade fra cinque giorni.

Sento rispondere che il banchiere Aurelio ha benissimo questa facoltà (DALLOZ, nº 64), semprechè abbia cura di avvisare senza indugio il rimettente dello sviamento o storno, come altri dice, ch'egli crede dover praticare a proprio vantaggio.

A me sembra questa risposta leggiera e falsa, e non posso accomodarvi il mio voto. Prima di tutto è offesa la buona fede che deve animare ogni corrispondenza commerciale. Il corso del conto può fermarsi a volontà di ciascuna delle parti, ciò è ben chiaro; non deve interrompersi bruscamente e quasi in modo violento. È un vero *jus sibi dicere;* quel signor banchiere si farebbe giudice del proprio credito e del debito del corrispondente. La speciale e diversa destinazione data a quella rimessa fa aperto, che il rimettente chiedeva al banchiere di essergli mandatario o commissionario in questo affare: egli poteva non accettare, ma doveva avvertirne l'amico e restituirgli i recapiti; disdire la continuazione del conto; reclamare i suoi crediti: così fanno, pare a me, gli uomini franchi e onesti. Io dunque riprovo la opinione di DALLOZ.

352. *Interessi.*

Le somme rispettivamente accreditate in conto corrente fra commercianti producono interessi, partendo dal fatto ch'essi sono disponibili (nº 315), e un commerciante non lascia oziose le somme disponibili. È anche un altro canone di giurisprudenza commerciale, che gli interessi decorrono di *pieno diritto.* Gli scrittori, non dubitando pertanto del principio, s'ingegnano di penetrarne la ragione intima; e mi piace che la decisione non sia empirica. Alcuni dicono che gl'interessi sono dovuti perchè i corrispondenti sono mandatari gli uni degli altri (1). A chi pare di vedere che i corrispondenti si facciano rispettivamente dei prestiti; obbligazioni che dicono produttive d'interessi per argomento d'analogia tratto dall'articolo del Codice Napoleone (art. 1233 del Cod. civ. ital.). Altri vi legge un deposito irregolare di materia capace di render frutto (2). I sig. DÉLAMARRE e POITVIN, menti assestate, e soliti a cogliere il vero, proferirono con gran senno, che le somme si ricevono in conto corrente non *come da mandatari ma come da proprietari* (3); il quale fondamento abbiamo cercato di metter in sodo più d'una volta in questo discorso. Non è metodo conveniente, secondo me, levare da un contratto complesso l'uno o l'altro degli elementi giuridici di cui si compone, per dedurre quasi da frammenti il giudizio di certi effetti generali che ne emanano. Vi può esser del mandato e del prestito in un contratto di conto corrente; ma cotali elementi si dissipano nel risultato dello stesso contratto *sui generis*, dalla natura del quale contratto derivano gl'interessi. Essi sono legittimi, e perciò si ritengono venire in convenzione tacita fra commercianti, perchè il creditore soffre un danno dal non poter disporre delle somme delle quali va in credito, mentre esse restano in mano al corrispondente che ne approfitta (4).

Durando per un certo tempo, e versando la corrispondenza in affari molti e di diversa natura, è nell'uso di stabilire il saggio e anche il corso degl'interessi; le convenzioni devono rispettarsi. In generale si domanda, se chiuso il conto e liquidato il debito, gli interessi continuino a decorrere di pieno diritto, o sia allora necessaria una domanda giudiziale per ravvivarne il corso. La Corte di Parigi, nel 24 giugno 1812, osservò « que le seul intitulé de « compte arreté par M... prouve q'il s'agissait « d'opérations de commerce; et *que le sold « d'un compte courant porte intérêt de plein « droit* au taux convenu jusque à l'époque où « cet taux n'été autrement déterminé par la « loi... ». E io non so perchè il debito che produce interessi abbia cangiato natura solo perchè è stato accertato e liquidato, e nonostante il debitore non si dà cura di soddisfarlo (5).

353. Che la causa giuridica degli interessi non sia fra quelle subalterne che alcuni scrittori vanno noverando, e non si giustifichi dall'azione reciproca del mandato e del prestito che, per così dire, si scambiano i corrispondenti nel conto corrente, si chiarisce dacchè da conto semplice o da operazioni unilaterali, come quelle che si fanno nel *credito aperto*, sgorgano egualmente gl'interessi di pieno di-

(1) PARDESSUS, num. 475; MASSÉ, *Droit commercial*, tom. IV, num. 263; GOUJET e MERGER, num. 51.

(2) Qualche altra opinione è anche più debole. — V. VINCENS, *Législation commercial*, tom. II, p. 188.

(3) Tom. II, num. 872.

(4) Se l'annotazione in conto corrente fosse a memoria e condizionale, aspettando il realizzo a futura scadenza, è chiaro che simili partite non sarebbero produttive d'interesse, e bisogna farne una limitazione.

(5) Per la stessa ragione le operazioni di *sconto* producono interessi.

ritto. Vi è *credito aperto* con un banchiere quando questi si è obbligato a fornirvi somme o garantire le vostre accettazioni od esposizioni a misura determinata verso una cauzione, per lo più ipotecaria (Pardessus, n° 474). Le somme fornite dal banchiere si restituiscono cogli interessi. Vero è che quando il sovvenuto viene facendo rimesse e pagamenti parziali, si forma il conto corrente con tutte le sue conseguenze; la origine da cui deriva, come le occasioni che lo alimentano e lo fanno durare, non cangiano l'indole giuridica del conto corrente, salvo la influenza delle convenzioni (*V.* appresso, n° 359).

354. *Della capitalizzazione degl'interessi.*

Dispone l'articolo 1233 del Codice civile che « l'interesse convenzionale o legale d'in« teressi scaduti *per debiti civili* non comincia « a decorrere, *se non quando trattasi d'inte« ressi dovuti per un'annata intera.*

L'uso commerciale o la convenzione potranno statuire diversamente? Ciò è riprovato, come contrario all'ordine pubblico e alla morale, dai signori Délamarre e Poitvin (*Contr. de commiss.*, tom. II, n° 498), e questa volta non li comprendo. Si potrebbe farne una questione di moralità, dominando nella legislazione il principio che condanna l'usura e come tale considera gl'interessi degl'interessi. Così dichiarava il Diritto canonico, e sulle sue orme la legislazione civile albertina (art. 1245). Ma posta questa base, che la legge riconosce negli interessi scaduti una causa legittima di altri interessi a un intervallo più o meno protratto, non è più di moralità e della natura usuraria di tale prestazione che si potrà muover dubbio: il tempo più o meno lungo che si vuol lasciar decorrere dalla scadenza dell'interesse, considerato come capitale, è troppo accidentale per variare l'indole del debito, perchè dopo un anno si giudichi onesto e di buona ragione, e ad otto mesi, od a sei, per esempio, si giudichi immorale e disonesto. Bisogna rassegnarsi allo spirito che informa la legislazione; e lasciando stare le sentenze dei moralisti, limitarsi all'ufficio del giureconsulto.

È un fatto di cui bisogna constatare la esistenza, che la nostra legislazione discende, non so se troppo scioltamente, per la china della libertà in fatto di usure. Ad un rimarco assai riflessibile ci chiama la redazione dell'articolo 1233 sopra trascritto. Quello che non era nell'articolo 1154 del Codice Napoleone, si trova qui scritto — che la disposizione vale pei *debiti civili.* Tocco sapiente del legislatore al quale non isfuggiva che i debiti commerciali potevano sottostare a regole diverse.

Gli usi commerciali avevano già derogato o modificata la disposizione del Codice civile francese; e fu generalmente ritenuto in modo da non potersi dubitare, che i commercianti convengono fra loro validamente per un tempo minore (1).

In proposito di conto corrente osserva Alauzet: « Les avances, dans le mouvement or« dinaire des affaires commerciales, réalisées « sur effects négociables, lettres de change ou « billets au ordre, sont toujours faites à courte « échéance; trois mois est un des plus longs « termes usités; il n'y a pas des bonnes raisons « *pour que les avances en compte courant « soient nécessairement faites à plus longue « échéance* » (*Comment.*, num. 635). Dopo un certo correr di tempo, che l'uso o la convenzione misura, si forma cogl'interessi un nuovo capitale, che è suscettivo di altri interessi, perchè se fosse in mano al creditore non rimarrebbe infecondo. L'interesse d'un giorno non può capitalizzarsi; non si può tener conto delle minime frazioni, e conviene siasi formato un certo cumulo onde sia possibile un rinvestimento. Vi hanno capitali di somme così imponenti che gl'interessi che producono salgono ben presto a quantità ragguardevole (2). Sotto questo rispetto della quantità, non è incongruo il dire ch'essa fa la stessa funzione del tempo; perchè un certo lasso di tempo si richiede appunto onde si possa accumulare una certa notevole somma d'interessi capace di capitalizzarsi. Ma se noi abbiamo già in tre mesi un cumulo d'interessi, per esempio, di 20,000 lire, la materia è ben sufficiente a nuove negoziazioni (3).

Diremo terminando, che se non esiste convenzione a termine minore, la chiusura del conto avrà luogo di diritto ogni anno dall'apertura del conto.

354. Qualche massima moderatrice degli

(1) Vincens, *Législation commercial*, t. II, p. 158; Mollière, t. I, pag. 66; Dalloz, *Répert.*, v° *Compte courant*, num. 98. Non cito che alcuni autori; ma niuno, io credo, è discorde. Fra le decisioni francesi non ricorderò che le seguenti: Dijon, 21 agosto 1852; Cassazione francese, 12 novembre 1834, 11 marzo 1836; Grenoble, 10 febbraio 1836; Lione, 29 luglio 1852; Parigi, 28 dicembre 1833.

(2) Dato un capitale di due milioni, ognuno può vedere come il solo interesse di tre mesi faccia di già un ricco avanzo da poter impiegare ancora.

(3) Fingendo il piccolo di lire 2000 passerà un anno e l'interesse sarà appena di lire 100.

Digitized by

abusi si è però introdotta. È stato ritenuto che se un conto corrente si è prolungato più anni, nè ebbero luogo gli assestamenti nei periodi consueti, non dev'esser lecito dividere coll'immaginazione il conto stesso per estrarne gl'interessi che avrebbero potuto capitalizzarsi nei vari periodi, ma il calcolo deve dedursi dal risultamento finale (1); ossia di un *sol getto, et avec une seule balance*, come disse un'altra decisione (2), con espressione molto esatta, e che mi piace di conservare.

355. *Prescrizione.*

Le azioni per la domanda degli interessi si prescrivono in cinque anni (articolo 2144 del Codice civile). Ma finchè corre il conto, la prescrizione non corre: come sempre, la inerzia è la madre della prescrizione.

Si concepisce adunque la prescrizione di quest'azione quando siano decorsi cinque anni dal saldaconto, perchè da questo punto si ha facoltà di chiedere. Ma il conto può essere rimasto aperto e non più continuato per lungo spazio di tempo; e l'azione specifica degli interessi non sarà mai nata: *neque debitor, neque creditor;* nè l'una nè l'altra parte poteva vantare nè spiegare diritti creditorii.

Il credito degl'interessi in tale stato di cose è imprescrittibile, perchè prima della definizione del conto non si ha credito capitale; ma l'azione del rendiconto può prescriversi, come ogni altra, nel corso di trent'anni.

È osservazione singolare e giusta, che l'azione del rendiconto (che, secondo sua natura, intende alla definizione del conto) non si prescrive che in trent'anni, malgrado vi siano compresi elementi e ragioni di credito sottoposte a prescrizione assai più breve, come valori di accettazioni cambiarie e altri effetti negoziabili (DALLOZ, *Compte courant*, n° 108). Ed è uno dei più spiccati e ragguardevoli corollari della teoria del conto corrente quello dell'assimilazione di tutte le varie sorte e categorie di valori. Essi difatti, come si è notato più d'una volta, senz'assumere una qualità nuova, e rimanendo per così dire nella loro individualità distinta sino alla conclusione del conto, senza produrre al loro ingresso nel conto corrente una novazione effettiva al punto di vista della imputazione (num. 349), entrano tuttavia in un rapporto contrattuale, in quanto portati i valori nel conto, formano un tutto inscindibile, e non si può più esercitare azione singolare per uno o per altro credito.

Quando adunque i valori rappresentati da lettere di cambio e altri effetti negoziabili si fondono, e per usare questa frase, si disfanno nel conto corrente, aggiungendosi agli altri che vi si trovano scritti, cessano di esser governati da una particolar legge di prescrizione.

Vero è peraltro che gli effetti negoziabili che si acquistano a conto aperto ed in corso, potrebbero non essere a questo medesimo conto agglomerati; il portatore potrebbe pretenderne il pagamento separatamente, eccetto che non siasi fatta convenzione, mediante la quale tutti i crediti, di qualunque natura e per qualunque causa si venissero verificando, dovessero alimentare il conto corrente, e quindi subirne le fasi.

---

356. *Diritto di commissione.*

Questo diritto, che in commercio ha moltiplici aspetti, ne ha uno particolare e proprio in fatto di conto corrente; ed uno si direbbe anche più particolare e proprio in quelle operazioni di banca a *Credito aperto*, delle quali faremo più sotto speciale discorso al num. 359. Indipendentemente dagl'interessi dei crediti rispettivi, si stipula un diritto di commissione, variabile secondo gli usi del commercio, ed ha il suo legittimo corrispettivo nell'impegno che assume il banchiere sovventore di dedicare una certa quantità di capitali ad una operazione che interessa principalmente il sovvenuto, vincolando ad essa in modo notevole l'andamento del proprio commercio; e non trovandosi sufficiente compenso nel semplice accessorio degl'interessi legali, dacchè il banchiere non può più disporre di quei capitali per altre imprese di maggior portata (3). È un diritto che fu più volte dichiarato doversi anche senza convenzione, se così porta l'uso (4).

Avendo indicato per quale causa giuridica il diritto di commissione è generalmente fondato, ho con ciò affermato un principio, ed è, che la nuda convenzione non basta, ma si vuole altresì riconoscere la giustizia del patto, per non cadere nell'usura; o se questa parola a

---

(1) Cassazione francese, 8 novembre 1818.

(2) Cassazione francese, 10 novembre 1818.

(3) La legittimità del diritto di commissione, oltre gli interessi, è consacrata da molte decisioni (Cassazione francese, 4 febbraio e 16 agosto 1824, 14 luglio 1840, 7 marzo 1841, 2 luglio 1845, ecc.). La nostra Corte d'appello di Chambéry, in una sentenza del 13 gennaio 1835 (BETTINI, part. II, p. 332), disse che il banchiere che anticipa i fondi, oltre l'interesse del sei per cento, può esigere un diritto di commissione.

(4) Corte di Grenoble, 31 agosto 1839; Corte d'Aix, 15 gennaio 1841; Cassazione francese, 14 luglio 1840 e 10 dicembre 1827, ecc.

noi è divenuta arcigna (Dio volesse che la materia mancasse), diremo, per non trascorrere in quella iniquità che il magistrato non deve tollerare. Quindi possiamo tener nota di alcuni proposti di maggior rilievo in questa materia.

Il diritto di commissione non devesi ad ogni regolamento trimestrale o semestrale del conto, ma una volta sola per ogni negoziazione che sia di qualità da comportarlo (1). Così per forza di usanza dovrebbe osservarsi, mancando la convenzione speciale.

Ma se convenzione speciale esiste perchè a tre o sei mesi, aggiustandosi il conto, debba pagarsi un diritto di commissione, quantunque un tale patto non sia solito e non abbia nulla di attraente per le buone coscienze, non credo possa per assoluto rinunciarsi nullo. Primieramente bisogna conoscere a quale misura di prezzo si faccia salire questo diritto di commissione; bisogna por mente non solo a ciò che il commissionario corrisponde di credito o di pecunia, ma altresì di opere e di cure; e si finirà coll'affidare la giustizia a decisioni di fatto.

E il fatto pure deciderà quanto sia giusto applicare dei diritti di commissione ad operazioni singole e diverse, che lasciano bensì la traccia dei loro risultati nel conto corrente, ma per loro stesse sono distinte, distraenti; nè lo stesso modo ricercano di attività e di cognizioni. Il commerciante *M.*, che sta a Pisa, manda al commerciante *P.*, suo corrispondente di Marsiglia, e quindi a più vasto emisfero commerciale, olii, canepe, seterie, ed effetti negoziabili per conto suo, onde facendone i competenti realizzi si compensi in conto corrente delle somministrazioni cospicue e continue che viene facendo a lui *M.* per sostegno del suo commercio. Chi dirà di non trovar giusto che *P.* riscuota un diritto di commissione che non si confonde cogl'interessi delle somme che viene somministrando ad *M.*, ma risguarda il premio di un lavoro speso a profitto di lui; di un lavoro che altri ben potrebbe fare indipendentemente dal contratto di conto corrente; del lavoro insomma di commissionario?

357. *Chiusura del conto.*

Se l'epoca non è fissata dalla convenzione, l'uso governa; e la durata di un anno suol essere il periodo ordinario di un conto corrente. Ciò prova che se questo contratto contiene fra suoi elementi il mandato, non si regola però colle leggi del mandato; ma trae i suoi effetti dalla propria natura di contratto distinto e *sui generis* (2). Pertanto non è in balìa della volontà di una delle parti, arrestarsi a mezzo corso, o cessare la corrispondenza in un momento qualunque secondo le viste del proprio interesse; nè si possono rifiutare i valori rimessi purchè reali ed effettivi (3); nè sospendere le accettazioni degli effetti trasmessi e negoziabili se così devesi per convenzione. Non è necessaria diffidazione se il termine della corrispondenza è convenuto; e non essendo convenuto, reputo non sia tampoco necessaria la diffidazione o disdetta quando si aspetta il periodo ordinario, cioè quello dell'anno.

Nondimeno, siccome la decozione e il fallimento sono cause per la quale il conto corrente forzatamente s'arresta, come ora dirò, così non dovrebbe negarsi al corrispondente, venuto in cognizione del cattivo stato degli affari del suo corrispondente e di un vero pericolo, non dovrebbe, io credo, negarglisi la facoltà di sospendere il giro delle sue esposizioni e il movimento del conto finchè si trovi in sbilancio e in condizione di creditore, diffidandone però l'altra parte con sollecita cura per non recargli pregiudizi, e solamente dopo l'avviso potrà recare ad effetto questa sua risoluzione.

Tutti i contratti fiduciari cessano di diritto quando si avvera per una delle parti un cangiamento di stato; ossia una condizione di fatto dalla quale il contratto non avrebbe avuto cominciamento. Quindi cause di cessazione sono la *morte*, la *interdizione*, il *fallimento*. Sono precisamente quelle cause di fronte alle quali cessa la società (articolo 166), militando le ragioni medesime rispetto alla fiducia personale. Una ragione speciale può dedursi dal mandato che, senza confondersi col contratto del conto corrente e senza rappresentarlo, è nondimeno la base di questa convenzione.

Talvolta è una società che in una grande impresa si appoggia sui capitali di un famoso banchiere, che ne accetta pure le rimesse, di tal maniera aprendosi un conto corrente. Io

(1) Grenoble, 16 febbraio 1836 e 31 agosto 1839; Chambéry, 22 genn. 1863 (Bettini, part. II, p. 330), nella quale pure fu enunciato che la commissione non si calcola *sull'intiero ammontare delle somme anticipate*, ma soltanto sulla cifra che rimane allo scoperto.

(2) La chiusa del conto suol farsi precedere dal *bilancio* e della sua comunicazione all'altra parte che manda di riscontro le proprie osservazioni, e così di buon grado reciproco si assestano o confermano le partite.

(3) Reali, non realizzabili cioè a termine.

sono di parere che i num. 4 e 5 del detto articolo 166 siano perfettamente applicabili.

Ma questo nuovo stato era forse ignorato dal corrispondente, ed egli continuò le sue operazioni.

Allora la posizione giuridica può apparire in aspetti diversi. Al contratto di conto corrente molto conviene e si associa volentieri quello di commissione, come osservai di sopra. È questo un mandato speciale e distinto; un vero e proprio mandato, che può revocarsi *ad libitum*, posto che non faccia parte integrante del contratto di conto corrente (1). Ora, in tema di mandato, l'articolo 1762 del Codice civile dispone: « È valido ciò che fa il mandatario in nome del mandante *nel tempo che ignora la morte di lui*, o una delle altre cause per cui cessa il mandato, purchè siano in buona fede coloro coi quali contratta ». Proseguendo il commerciante *B.* la vendita degli scialli a lui commessa dal commerciante *C.*, improvvisamente mancato ai vivi, per riportarne il ricavato in credito nel conto corrente, agisce validamente se ne ignora la morte. Egli continua, non più mandatario, a ritenere il mandato. Si fa tacere il rigore di diritto in grazia dell'utilità (2). Il contratto di mandato si formò per reciproco consenso: esso può sopravvivere un certo tempo alla causa che lo produsse, come un effetto spinto oltre i termini naturali del consenso prestato: ma in fine il consenso era prestato, e fu statuito validamente. S'insegna, con ragione, il contrario quando si tratta non di eseguire, ma *di creare un nuovo contratto;* e una delle parti che deve prestare il consenso, non possa più prestarlo per una ragione qualunque (Dalloz, n° 128).

In quel supposto la ignoranza del cambiamento di stato non porta a veruna conseguenza giuridica, non potendo la finzione supplire alla realtà; quindi se furono inviate delle tratte da Pietro a Paolo, che nell'intervallo è morto, i valori di queste tratte non possono entrare nel conto corrente, poichè sarebbe stata necessaria l'accettazione di Paolo. Ma ciò deve intendersi semplicemente qualora la personalità del corrispondente non sia legalmente rappresentata. L'erede del trapassato, il curatore dell'interdetto la rappresentano abbastanza per accettare quelle tratte, trasportandole in conto corrente. Sulla linea del consenso, cessa l'ostacolo appunto perchè vi ha chi è capace di prestarlo a vece del defunto. L'interesse del remittente non è compromesso, mentr'egli ottiene il suo scopo, cioè di essere aggravato di altrettanta somma in conto corrente. Molto più se la stessa persona morale continua per la morte di uno dei suoi membri, o secondo i propri statuti, o secondo la natura della propria istituzione.

358. Da qualunque ragione, o naturale o violenta proceda la chiusura del conto corrente, gli effetti sono analoghi. Il debito è liquidato, e diventa esigibile (3). L'uso del commercio autorizza il creditore a tirare sopra il suo corrispondente debitore sino alla concorrenza del credito risultante.

Si limita il principio rispetto ai *crediti eventuali:* conseguenza delle sopra esposte dottrine. Il cessionario, che aspetta ancora il pagamento dal terzo debitore, ancorchè abbia ricevuta la tratta come valore reale, dandovi luogo nel conto corrente, è pure un debitore eventuale (4).

Messa in ipotesi la chiusura del conto vecchio, e rimasta qualche appendice di debito, questa suol esser germe di conto nuovo, e i francesi dicono *porter à nouveau* la intestazione del conto col reliquato del conto trascorso; ed è sicuro argomento di conto novello, rappresentando l'epitome dell'altro conto liquidato e definito. Differenza che molto importa, siccome è manifesto; stantechè il diritto degli interessi e il diritto di commissione vengono regolati in relazione al nuovo conto corrente.

—

359. *Del Credito aperto.*

Grande istrumento e leva potente di commercialità è questa convenzione, abbastanza nota, per la quale i forti banchieri s'impegnano di fornire capitali secondo il bisogno d'imprenditori e di società provviste di attività e di genio meglio che di danari, dai quali sogliono ritirarsi garanzie, per lo più ipotecarie. Le

(1) Divenuto perciò irrevocabile; e s'intende allora aver termine collo stesso conto corrente.

(2) « Si per ignorantiam impletum est (il mandato) competere actionem *utilitatis causa* dicitur. Julianus quoque scripsit (Paolo attesta) mandatoris morte solvi mandatum, *sed obligationem aliquando durare*. Scilicet, dice Accursio, *si perficiatur quod ei at mandatum* » (Leg. 26 de mand.). È lo stesso concetto. In altri termini, finisce il mandato non *actio mandati*, giusta il dire di Bartolo alla Leg. 57, ivi.

(3) Effetti particolari vengono a riscontrarsi di fronte al fallimento, come diremo più avanti.

(4) Vedi però quanto è stato dichiarato a questo proposito al num. 346.

Digitized by Google

somministrazioni per modi, tempi, e somme sono determinate dal patto.

Io mi fermo con compiacenza sopra una recente decisione, che non esito a chiamar magistrale, della nostra Corte di cassazione (1), e me ne giovo per dare qualche nozione particolare di questo contratto, in quanto ancora si diversifica dal *contratto di conto corrente*, segnatamente in ordine alle garanzie che vi si aggiungono: tema di cotidiano interesse.

La specie era questa. *P.*, banchiere, si obbligava di aprire o mantenere a *M.* un conto corrente sino alla somma di lire austriache 200,000; questi dal canto suo si obbligava di rimettere a *P.* cambiali ed effetti di commercio per somma corrispondente a quella di cui intendeva valersi sul credito, e dava ipoteca per lire 200,000.

È naturale che a misura che *M.* andava fornendo valori a diminuzione dei suoi debiti, si venisse formando un conto corrente, una nota di *dare a avere;* ma la decisione stabilisce che questo non è un vero contratto di conto corrente; per conseguenza quando la ditta *P.* si fece a domandare i rimborsi degli eseguiti pagamenti, non aveva bisogno di appoggiarsi sulla materialità di un conto corrente, come suppose una sentenza di rispettabile Corte d'appello, e che la produzione degli effetti estinti e dei libri di commercio, erano tale fondamento alla istanza che non doveva esser subordinato alla presentazione di un conto corrente.

Non era *contratto di conto corrente*, ma conto *simpliciter* quello che la ditta *P.* avrà tenuto o non avrà tenuto, a memoria degli acconti ricevuti; era tanto poco contrattuale il conto, che la ditta poteva anche non averne uno, e tutto riferire al libro, il solo registro che le fosse veramente indispensabile.

E per dedurne un risultato teoretico, se trattasi *di contratto di conto corrente*, niuno dei contraenti può esercitare azioni se non portando il conto, e a quello attingendo il diritto che intende far valere, perchè quello è la convenzione che si è venuta esplicando nella serie dei fatti che vi diedero eseguimento, nel cui specchio soltanto può leggersi la situazione giuridica delle parti: il debito e credito rispettivo. Il contratto di credito aperto trae forse dietro sè un conto corrente; ma infine non sarebbe che unilaterale e facoltativo; non fondamentale nè necessario: ecco la differenza (2).

La teoria benchè possa parere alquanto sottile, è nondimeno vera, e nella specie aveva un'applicazione che forse non sarà per ripetersi. Peraltro nelle precedenti note ho avvertito, che il conto corrente può fornire in certe contingenze un assai notevole sussidio di prova. Qualche volta la questione potrà cadere sullo stesso conto corrente quale misuratore dei diritti del creditore ipotecario, e di quelli eziandio che possono competere agli altri creditori ipotecarii che hanno interesse di restringere l'entità del suo credito.

Nella sua decisione del 21 xbre 1852 (3) la Corte di Parigi stanziò la massima = che aperto un credito a tempo determinato, l'avere del sovventore resta fissato a quel termine preciso, ancorchè in fatto continui fra esse parti il conto corrente; quanto dire continuino gli affari, le rimesse, e i pagamenti che figurano ancora in conto corrente. Ne conseguita (e questo era il caso pratico) che sebbene il nuovo conto corrente offra risultati tali che diminuiscano il debito di colui che ha costituita l'ipoteca, questo fatto però non è allegabile dagli altri creditori ipotecari onde ridurre in questa proporzione la ipoteca del sovventore, nè possono quelli pretendere di compensare col credito del secondo conto il debito del primo.

Fermandoci al merito e alla sostanza di questa decisione, noi crediamo ch'essa contenga un grave errore. Le parti erano in facoltà di fissare il giorno nel quale cesserebbero le sovvenzioni e si chiuderebbe il conto; ma le parti erano libere pur anco di derogare col fatto a tale convenzione. Se il conto è continuato, giusta la ipotesi della sentenza, ossia se il credito rimase tuttavia aperto, ed effettualmente si fecero nuove sovvenzioni o nuovi pagamenti, è chiaro che il credito si determina dall'ultimo stato del conto. Se, verbigrazia, all'ultimo di ottobre, quando il credito avrebbe

(1) Del 3 luglio 1867, in causa Banca Nazionale con Paltrinieri, ecc., abilmente redatta dall'esimio mio collega conte Valperga, riportata dagli *Annali della giurisprudenza italiana* (Firenze), anno 1866-1867, pag. 414, e in altri periodici.

(2) Non si dissimula che in qualche particolar caso il soggetto pratico potrebbe presentarsi in altro modo. Si ammette per esempio, o si prova, che è stato tenuto un conto corrente; le produzioni della parte attrice non sono molto limpide; la tenuta dei libri non è perfetta, e lascia dei vuoti alquanto penosi; si richiede a supplemento la esibizione del conto corrente. In questo stato di cose, secondo me, non dovrebbe negarsi.

(3) *Journal du Palais*, pag. 182.

Digitized by Google

potuto esser chiuso, Tizio era debitore di lire 50,000, e al fine di dicembre non lo era più che di 30,000. Attesi i pagamenti risultanti dal conto corrente, egli ha il più evidente diritto di restringere a questo importare il suo debito ipotecario, e lo stesso diritto professano e possono far valere i di lui creditori.

Quello che è certo e indisputabile in soggetto di credito aperto con ipoteca, egli è, che la ipoteca protende la sua efficacia nel tempo futuro, ossia pei crediti che si vengono formando col tratto del tempo; ed io (non potendo assumere in questo momento una dimostrazione) (1) mi pongo risolutamente con quelli che riconoscono il rango ipotecario dalla iscrizione e non dal successivo realizzarsi dei crediti. Una decisione della Corte di Parigi del 15 gennaio 1853 (*Journal du Palais*, p. 334) dichiarò su questo proposito che la iscrizione ipotecaria si doveva ritenere efficace eziandio pei versamenti dopo il fallimento (2).

TITOLO VI.

DELLA VENDITA

Articolo 95.

La vendita commerciale della cosa altrui è valida. Essa obbliga il venditore a farne l'acquisto e la consegna al compratore, sotto pena del risarcimento dei danni.

360. *Cenni di storia ideale del principio, esser valida la vendita della cosa altrui. Critica di una critica di* TROPLONG.

361. *La dottrina prevenne i Codici nel rigettare l'applicazione della massima opposta agli affari di commercio.*

362. *Come le due formole contraddittorie* — la vendita è nulla: la vendita è valida — *non impediscano il prodursi di analoghi effetti giuridici; sicchè sotto l'uno e l'altro aspetto può ritenersi valida la vendita della cosa altrui, ma rescindibile.*

360. I Codici civili si affrettarono a dichiarare che la vendita della cosa altrui è nulla (Codice Napoleone, articolo 1599; Codice civile italiano, articolo 1459) (3); se così si voleva, bisognava dirlo; poichè dietro loro, a grande distanza, ma con potenza sempre presente, il diritto romano insegnava esser lecita la vendita della *res aliena* (4). Ciò non

(1) Che del resto diedi ampiamente nel mio volume sulla *Giurisprudenza ipotecaria*, stampato in Bologna dal Cenerelli).

(2) Facciam punto. La questione sarebbe se in quel tempo si potessero continuare i pagamenti all'ombra di una ipoteca, che forse poteva assorbire non poca parte della sostanza devoluta ai creditori.

(3) Così gli altri Codici civili che sono comparsi fra codeste due epoche estreme; io non tendo molto al meccanismo dei confronti, che suol essere una distrazione con poca utilità, e a pompa di compilazione; quindi tralascio gl'intermedi e stranieri.

(4) Leg. 28 Dig. de contrh. empt.: « Rem alienam distrahere quoque posse nulla dubitatio est, « nam emptio est et venditio sed rem emptori auferri potest ». Il perchè lo dice con singolari espressioni la glossa d'ACCURSIO: « *In venditione non teneor nisi quandam minimam possessionem tradere et me pro evictione obligare; et ita est jus in persona et possum etiam in re aliena* ». Quindi la differenza fra la vendita e la costituzione del pegno: « *Quia in pignore oportet quod constituam ei jus in re* » (CUJACIO, Tit. de contrah. empt., Leg. 28). Ma evitta la cosa dal proprietario, non si dovevano forse i danni e gli interessi? Generalmente parlando, no: « *Nam in venditione sequitur usucapio* (ecco già un diritto che da venditore di buona fede si trasmetteva a compratore di buona fede) *item agi potest ut fiat promissio duplæ* ».

Digitized by Google

significava punto che la vendita fosse *con effetto*, e venisse il proprietario defraudato dei suoi diritti, mentre a lui era sempre data facoltà di rivendicare la cosa, tolto l'ostacolo della *usucapio*. Si diceva vendita, ed era perchè si aveva la materia della vendita, cioè il trasferimento del possesso, la percezione dei frutti, e il diritto dell'usucapione. Ciò era fondato nel principio che « *omnium rerum quas* « *quis habere vel possidere, vel persequi potest,* « *venditio est* » (Leg. 34 Dig. de contrah. empt., § 1).

Se niuna delle parti era in buona fede, se venditore e compratore sapevano di trafficare la cosa altrui, la vendita non esisteva, il contratto era nullo (1): era una frode, un furto, un'azione riprovevole. Senza buona fede il compratore non acquistava un possesso, nè quindi il diritto dell'usucapione. Sotto l'aspetto del gius civile, mancava quindi la materia della vendita (2). Non mancava però quando il solo venditore fosse in mala fede; ma il compratore di buona fede poteva agire immediatamente *ex empto* (il che prova la vendita esistente); poteva agire cioè *etiam prius quam evincatur*. E ciò in modificazione della regola che il venditore non è tenuto se non a questo: *ut rem emptori haberi liceat non etiam ut ejus faciat*. Era questo uno speciale e degno effetto del dolo del venditore ch'esso doveva scontare a caro prezzo, anche perchè il dolo dell'autore poteva nuocergli nella comodità e nelle conseguenze giuridiche del possesso (3).

Laonde mi perdoni il sig. TROPLONG, nella cui ammirazione io non sono vinto da alcuno, se io trovo poco dotte e poco degne di lui quelle parole che leggo al n° 4 del trattato *De la vente*: « Toute cette théorie du droit « romain me paraît dominée par l'influence « du vieux droit de la république, *qui était* « *esclave des mots*, et qui mesurait la portée « d'un contrat sur la dénomination qu'il avait « dans la langue scientifique et sur les expres- « sions sacramentelles dont on se servait pour « le former entre les parties ». Pronunciate da tutt'altro autore che dal TROPLONG, potevano lasciarsi cadere queste parole; ma non è forse da lui che apprendono docilmente la scienza giuridica gli italiani? Non è facile accusare di leggerezza e di gretto e quasi servile e cieco nominalismo, non dirò una dottrina isolata di un giureconsulto, ma un sistema stabilito in una delle parti più compiute del diritto romano, quale è quella della *emptio venditi*. L'eminente scrittore francese si trova a poco andare in contraddizione con se stesso, quando al n° 232 si pone verace e autorevole testimonio nel dire che « le principe que la vente de la chose « autrui est nulle, n'est pas applicable aux « matières de commerce ». Come mai un sistema assurdo, mantenuto senza fondo di ragione per effetto di antiquate tradizioni, potè risollevarsi nell'epoca moderna e farsi adottare in una legislazione così attiva e razionale qual è quella del commercio?

361. Fu adunque nell'intuito dei legislatori che il principio scritto nell'articolo 1599 del Codice Napoleone non potesse applicarsi alle cose di commercio. GRÉNIER, oratore del tribunale (è lo stesso TROPLONG che ce lo assicura sulla fede di LOCRÉ), si espresse che quell'articolo « ne doit point s'appliquer aux ob- « jects qui font la matière des transactions « commerciales, et qu'il est au pouvoir et dans « l'intention du vendeur de se procurer » (4).

Il commercio *hoc jure utebatur* da molto tempo, quando la dotta Commissione pel Codice di commercio propose di far rivivere l'antico diritto. « La necessità del commercio, « disse l'egregio autore del progetto, consi- « gliano *che si riproduca il principio del di-* « *ritto romano, non esser nulla la vendita della* « *cosa altrui* » (5). L'idea è raccolta e, per così dire, illustrata dalla Relazione ministeriale: « Si è in esso (Codice) fermato, pei riguardi al « sollecito avvicendarsi dei negozi e in omag- « gio alla buona fede, che è essenza e vita del « commercio, la validità della vendita della cosa altrui, siccome statuiva il diritto romano ».

Non si poteva restare esitanti sul richia-

---

(1) § ita si emptor, Leg. 34 Dig. de contrah. emptione.

(2) « Quod si venditor scivit, emptor ignoravit, « utrinque obligatio contrahitur..... » (legge suddetta). Era valida eziandio la vendita *res suæ*, e perchè? Perchè qualche subbietto di vendita poteva trovarsi nel possesso. « Rei suæ emptio tunc « valet cum ab initio id agitur *ut possessionem emat* « quam forte venditor habuit ut in judicio pos- « sessionis potior esset » (Leg. suddetta).

(3) Ed era precipuamente riflessibile in fatto di cose mobili, come avverte la gran glossa alla Leg. *rem alienam* 28 sudd., poichè il venditore facilmente non è che il ladro che vende la cosa rubata.

(4) È vero che questa dottrina commerciale, tacitamente approvata dalla legislazione francese, ebbe in mira questa possibilità, e il nostro Codice ne fa un dovere al venditore; ma ciò deve considerarsi più presto *nell'ordine delle conseguenze*, come noterò più avanti che negli essenziali del contratto.

(5) Verbale della tornata 23 maggio 1863.

mare o meglio confermare quel principio per più ragioni: 1° Perchè in commercio non si negoziano che cose mobili, e si trasmettono di mano in mano con una celerità vertiginosa su tutti i mercati, su tutti i lidi, in ogni parte della superficie, e quindi impossibile documentare la proprietà, e i compratori non si potevano lasciare nell'incertezza; 2° Perchè il possesso dei mobili vale titolo al possessore di buona fede; che è pure legislazione del Codice civile, e non avrebbe ragione di essere se non supponesse anco la vendita della cosa altrui; 3° Perchè la vendita della cosa altrui è già sancita in tanti luoghi del Codice di commercio, quando si è data podestà agli agenti di cambio, ai sensali di merci, ai commissionari di vendere per altri in nome proprio, e di riscuotere il prezzo. Ce ne sono anche delle altre, come or ora farò palese; ma queste sono le ragioni principali per le quali il principio era entrato nella consuetudine, e per la forza delle cose era legge prima che dai legislatori fosse proclamata.

362. Il legislatore civile non riconosce la esistenza della vendita se per essa non possa effettuarsi la traslazione della proprietà; ossia se il venditore non sia proprietario o suo rappresentante legittimo. Non c'è vendita, bensì promessa obbligatoria di vendita. Ma appena stabilito il principio nell'articolo 1459 del Codice, ci troviamo in faccia alla limitazione. Pel *venditore* è una vendita reale ed effettiva. Egli dunque, *tamquam venditor*, deve consegnare la cosa venduta. Non avrà la coscienza di esser padrone, non importa: è una eccezione che deve venire dal compratore e non da lui. Conoscendo la posizione delle cose e la mala fede del suo venditore, il compratore potrà essere autorizzato a trattenere il prezzo; ma *trattenere o depositare il prezzo* sino a sicurezza ottenuta, non è che una confermazione della vendita: il proprietario potrà a sua volta rivendicare la cosa; ma in questo rapporto, e quasi a dispetto del contrario principio, *la vendita della cosa altrui è valida*. In coerenza il compratore potrà domandare il risarcimento dei danni come per patita evizione.

Il compratore di buona fede può invece opporre per via di eccezione la nullità della vendita, gliene dà aperto diritto l'articolo 1459; e far assegnare al venditore un termine per acquistare il dominio e cederlo a lui, altrimenti annullarsi la vendita.

Quid se amendue, e venditore e compratore, sono in mala fede? La istanza del compratore per l'annullamento sarà respinta dalla eccezione del dolo, dedotta dalla nota legge *si fundum sciens Cod. de eviction.*, e la vendita resterà finchè venga il proprietario a fulminare l'intrigo tramato in di lui danno.

Che guadagno adunque ha fatto la legislazione moderna; quale nuovo orizzonte si è aperto proclamando che la *vendita della cosa altrui è nulla?* Il suo postulato è ineseguibile; e solo nel punto di vista dei compensi che il compratore in certi casi ha diritto di ottenere, come per evizione patita e temuta, si rinviene la conferma che la vendita della cosa altrui è una *vendita valida*, nei rapporti, s'intende, dei contraenti (1).

La formola rovesciata nel nostro Codice di commercio non conduce a diverse conseguenze. Questa vendita, che è sempre di cose mobili, si può fare *consegnando* ovvero *non consegnando* la cosa venduta. Eseguita la consegna, il compratore è soddisfatto; come in civile, e meglio ancora in commercio, il possesso lo difende. Se la cosa non gli è consegnata, che vale la formola — *la vendita della cosa altrui è valida* — quando egli non può far altro che *obbligare il venditore a farne l'acquisto*, *alias* al risarcimento dei danni, vale dire la vendita se non è nulla, è però rescindibile? Torniamo sempre allo stesso punto.

I legislatori non possono forzare la intrinseca natura dei fatti giuridici; se la materia manca al contratto di compra-vendita, il legislatore non può comandare che ci sia una

(1) Quando Tizio ha o crede di avere il dominio di una cosa e la vende, ma egli s'inganna perchè più tardi sorgerà un proprietario munito di titoli per rivendicarla, fa egli per avventura *una vendita nulla?* No, se vi piace; e ne proverà ben egli le conseguenze per quella buona copia di danni che dovrà risarcire al compratore.

DELAMARRE e POITVIN si sono accorti di questa specie di mistificazione (di cui fu illuso con altri grandi il TROPLONG); e l'ALAUZET, che con quegli scrittori non si accorda facilmente, ne conviene. Io non mi arrogo volontieri il merito di novatore, e quantunque queste idee mi fossero apparse alla mente prima di consultare quest'ultimo, ne riporto a conferma le parole: « En effet le Code Napoléon « *prévoit et sanctionne la vente de la chose autrui* « *comme parfaitement valide et légitime*, si les parties « ont su que la chose vendue n'appartenait pas « au vendeur... ce sera un contrat innommé; mais « la légitimité n'en est pas contestée, *ce ne sera* « *pas autre chose qu'un contrat en tout semblable à* « *la vente, suivant les anciens principes que le Code* « *Napoléon a jugé à propos de renverser* » (n° 585).

Digitized by Google

compra-vendita: il suo *fiat* sarebbe impotente. Tale sarebbe la vendita di una cosa che non esiste, avvegnachè i contraenti credano nella sua esistenza (1); tale la vendita delle cose che sono fuori di commercio. L'appartenenza della cosa venduta, la sua proprietà, sono relazioni giuridiche per le quali si modificano gli effetti della vendita, ma la vendita esiste pei tre famosi requisiti già indicati negli articoli 1447, 1448 dello stesso Codice civile; nè i tre requisiti vengon meno perchè il venditore che si crede proprietario, in realtà non lo sia. Se si fosse usata questa espressione, la vendita della cosa altrui *può esser annullata* per domanda del compratore di buona fede, si sarebbe compreso che la vendita valida in principio, era rescindibile. Ma in tal caso bisognava rinunziare ad agire per i danni provenienti da un contratto di vendita, che è stato rescisso; ciò dimostrando che la vendita era valida.

Articolo 96.

La vendita commerciale fatta per un prezzo non determinato nel contratto è valida, se le parti hanno convenuto un modo qualunque di determinarlo in appresso.

La vendita fatta per il giusto prezzo è pur valida, e s'intende convenuto per prezzo il valore della cosa in comune commercio.

In questi casi il prezzo è accertato con le mercuriali o con le liste di borsa, e in mancanza per mezzo di perizia.

Se la determinazione del prezzo fu rimessa all'arbitrio di un terzo da eleggersi e le parti non si accordano nella scelta, questa è fatta dall'autorità giudiziaria.

363. *Come la facoltà di specificare il prezzo per eventi posteriori al contratto sia estesa nel Codice civile.*

Quando sia surrogabile l'autorità del magistrato all'arbitrio non esercitato da un terzo.

Quando una determinazione futura di prezzo renda inconsistente un contratto di compra-vendita.

364. *Del giusto prezzo. Dubbietà troncate dalla legge.*

---

363. Confrontando questo articolo col 1454 del Codice civile è facile riconoscere le modificazioni introdotte nell'interesse del commercio.

Secondo l'articolo 1454 « il prezzo della « vendita dev'essere determinato e specificato « dalle parti »; ma la determinazione può esserne rimessa all'arbitrio di un terzo, scelto dalle parti nell'atto della vendita; e con ciò è seguita la norma del gius comune. Ora ai commercianti è data una facoltà illimitata di determinare il prezzo con altri mezzi. Uno di cotal mezzi di specificazione futura del prezzo, è quello usitatissimo di rimettersi al corso dei cambi che avrà luogo in un dato giorno. Ciò che importa egli è che la volontà risulti *determinata* nel contratto nel quale si accetti come misura di prezzo un valore corrispondente, sia che debba emergere da un evento generale, siccome quello espresso, o da un evento particolare (2). Il prezzo si reputa certo, quando possa diventarlo in relazione ad altra quantità (§ 1, Leg. 7, Dig. de contrah. empt.). Questi però ed altri modi di specificazione rimessi al futuro, che oltrepassano le regole ordinarie della compra-vendita, entrano nel vago delle possibilità, non sono senza pericolo, perchè non si prestano sempre ad integrare la nozione del prezzo, la concordanza del quale è di essenza del contratto. È chiaro che si può ri-

---

(1) Io ho venduto le merci che so di ritenere in un dato magazzino, ma quelle merci erano già perite in un incendio il giorno prima senza che io ne avessi notizia. La questione se sia valida o no la vendita, per esempio, di navi viaggianti, perite al tempo del contratto, non appartiene al commento di questo articolo, e ne tratteremo più avanti.

(2) Per esempio: vendo 200 ettolitri di grano, qualità tale, ad *N.* per il prezzo che si verificherà essersi fatto dello stesso genere nel giorno di ieri dalla ditta *B.* sul mercato di...

Digitized by Google

mettere ad un terzo *scelto dalle parti* la dichiarazione del prezzo, perchè nel comune mandato il prezzo dichiarato dal terzo si ha per dichiarato dagli stessi contraenti (1). Parimenti può rimettersi ad un evento futuro capace di rappresentare la norma di prezzo rimasta in sospeso nella convenzione; o anche ad un evento preterito ignorato dalle parti. In tutti questi casi non si avrebbe che una vendita condizionale; effetto costante delle convenzioni che fanno dipendere da un fatto casuale una parte essenziale di esse.

Nè alla condizione mancata potrebbe surrogarsi l'autorità del magistrato. La facoltà di deliberare demandata ad un terzo che non può o non sa corrispondere al mandato che ha ricevuto dall'altrui fiducia, passa nel magistrato per ragioni che ora non importa dire, e la transizione è logica; ma dall'evento casuale all'arbitrio dell'uomo non vi ha correlatività nè inferenza; e difatti il capoverso del nostro articolo è limitativo a questo caso. Pertanto dove non si può surrogare una volontà ad un'altra volontà, il magistrato non può supplire colla podestà sua, e d'uopo è che il contratto cada per difetto dell'evento messo in condizione.

Non so se sia esatta la espressione: *le parti hanno convenuto in un modo qualunque di determinarlo* (il prezzo) *in appresso.* Secondo me, si doveva dire: *quando le parti hanno stabilito* (o determinato) *un modo qualunque dal quale dovrà risultare il prezzo.* Il lettore ne sentirà la differenza (2). Ben inteso che in codeste espressioni capisce benissimo anche una vendita condizionale per le ragioni che ho dette di sopra. Non basta *convenire di determinare il prezzo in appresso;* no, bisogna stabilire fin d'oggi un regolo, mediante il quale il prezzo verrà a rilevarsi, ma di maniera che ciascuna delle parti ne resti vincolata, e non si faccia più luogo a pentimento. Non si può dire: ecco, io vi vendo questa cosa; del prezzo ne parleremo un'altra volta.

Nelle dottrine dei commercialisti si agita il dubbio se sia da tenersi valida la vendita fatta con questa formola: *io N. vendo a P. la mia nave al prezzo che mi verrà offerto:* e ci sottoscriviamo. TROPLONG dice che la vendita non sussiste. « L'acheteur n'aurait qu'à interposer « une personne qui offrirait un prix très bas; « le vendeur pourrait en interposer une qui « offrirait un prix très-haut ce serait une « source de fraudes » (v° *Vente*, n° 153). POTHIER aveva detto prima di lui che il venditore terrebbe celate le offerte propostegli se poco a lui favorevoli (v° *Vente*, n° 27). Esso però discende ad una conclusione, più tardi riprodotta dal PARDESSUS (n° 275). Ed è, in questo solo senso potersi ritenere efficace la vendita, che il venditore, il quale non avesse ancora consegnata la cosa, non potrebbe venderla ad altri se non dopo aver denunciata al compratore l'offerta di prezzo che avesse ricevuta, dandogli la preferenza; ma non potrebbe obbligarlo a pagare quel prezzo. Insomma, secondo questi eminenti autori, da una formola di vendita il venditore non raccoglierebbe che un vincolo di prelazione; tutto il vantaggio resterebbe al compratore, colla facoltà di accettare o no l'acquisto; una parte sola si sarebbe obbligata; l'altra avrebbe acquistato gratuitamente un diritto!

I signori DELAMARRE e POITVIN propugnano la validità (*Droit commercial*, tom. IV, n° 86). Tutto il loro argomentare è in questo: che il dolo non si presume. Quanto a me, sento che una tal maniera di vendita non è possibile. Nè tanto mi muove il pericolo della frode, quanto la indeterminatezza dei fattori del prezzo, passatemi la frase; in altri termini, la vaghezza e indecisione del modo dal quale dovrebbe emergere il prezzo; poichè potrebbe bene avvenire che offerta di terzo non si presentasse o si presentasse con condizioni, il che sarebbe fuori della previsione dei contraenti, o si presentasse tardi, e quando a quello più non conviene di vendere, o a questo di comprare; e sono garbugli che non si devono nè accarezzare onorandoli di qualche indiretta conseguenza giuridica, nè approvare. Credo adunque con TROPLONG che la vendita sarebbe nulla; e sono convinto che fra la nullità e la validità non c'è via di mezzo; nè alcuna transazione possibile.

364. Ma il nostro articolo contempla il caso *della vendita fatta a giusto prezzo.*

Qui pure incontriamo nella schiera dei negativi l'illustre TROPLONG; mentr'egli dice, con questa formola le parti non si obbligano

(1) Io ritengo pure col CASAREGIS che il prezzo si considera certo *ad excludendam contractus nullitatem*, quando le parti convengono *incontinenti* di nominare in appresso uno o più arbitri, checchessia in diritto civile (TROPLONG, v° *Vente*, n° 157).

(2) Parmi che il redattore del processo verbale (25 maggio 1865) esprimesse meglio, e presso a poco nei termini da noi proposti, il concetto. « Vuolsi anche ritenere valido il contratto quando nel medesimo non fu determinato il prezzo — *ma si convenne un qualunque modo di determinarlo in appresso* ».

Digitized by Google

neppure a nominare periti per determinare il prezzo (1). Dei civilisti pure, e di autorità somma, dissero il contrario (2): in commercio è imponente l'autorità del CASAREGIS: « Venditio « facta cum clausula *justo pretio* sine dubio « valet » (Disc. 34, n° 18).

I metafisici del diritto (3) negarono che vi fosse un prezzo giusto: vana questione. *Quæ communiter fingitur*, ecco il prezzo giusto (Leg. si servam. Dig. ad Leg. Aquil.). Questo si accorda da tutti oggidì, per così dire, in astratto; ma come determinarlo? Dei prezzi giusti ce ne sono, o possono esserci, di più qualità o specie nella scala del *maximum* e del *minimum* sulla quale salgono e scendono ogni dì i prezzi delle cose. Vi è dunque incertezza: prezzo incerto, vendita nulla. Rispondesi: che fra i vari prezzi correnti il *medium* è quello che si reputa giusto, per così dire, in modo assoluto: il *medium* è quello che si pubblica nei listini di borsa, e si applica dai sensali, e così dai periti. Il prezzo non è dunque incerto (4). Ma la chiarezza e giustizia della nostra legge ci toglie di proseguire questa piccola rivista storica, che non è inutile però l'avere accennata.

Articolo 97.

Quando nel contratto è stabilito un termine per la consegna della merce venduta, e non è convenuto altro termine per il pagamento del prezzo, la parte che intende dare esecuzione al contratto deve offerire all'altra la consegna della merce o il pagamento del prezzo prima della scadenza del termine. In questo caso il contratto si risolve di diritto col risarcimento dei danni in suo favore, se l'altra parte non adempie alla sua obbligazione nel termine convenuto.

In mancanza di tali offerte, lo scioglimento del contratto non può aver luogo che per effetto della clausola risolutiva espressa o tacita.

365. *Analisi dell'articolo. Vantaggi che produce al commercio.*

---

365. Dispone l'articolo 1163 del Codice civile: « La condizione risolutiva è sempre sotto « intesa nei contratti bilaterali pel caso in cui « una delle parti non soddisfaccia alle sue ob- « bligazioni ». Ma continuando nel capoverso, l'articolo dice: *In questo caso il contratto non è sciolto di diritto.* Più avanti: « La risolu- « zione del contratto *deve* domandarsi giudi- « zialmente, e può esser concessa al convenuto « una dilazione secondo le circostanze ».

Costituendo questa legge una regola generale, ha dovuto modellarsi sulle forme precedenti a norma delle quali è concepita. Più avanti, nella materia speciale delle comprevendite, si è fatta la distinzione fra la vendita degl'immobili e quella dei mobili, e rispetto a questa si è stanziato nell'art. 1512: « *Lo scio- « glimento ha luogo di diritto nell'interesse del « venditore*, ove il compratore, *prima che sia « scaduto il termine stabilito per la consegna « della cosa*, non siasi presentato per riceverla, « o anco presentandosi per riceverla, non ne « abbia contemporaneamente offerto il prezzo, « salvo che pel pagamento di questo fosse con- « venuta una maggior dilazione ».

Il nostro articolo 97 ha spinta più oltre la teoria. Esso si è occupato dell'interesse del compratore, mettendolo in pari condizione col venditore. Ciò è di sommo interesse in commercio. Ai commercianti bisogna aprire facili vie per uscire dalle incertezze. Il compratore vuole assicurarsi che nel giorno prefisso riceverà le merci di cui forse fin d'ora ha disposto; e non ricevendole, avrà la sua azione parata per lo risarcimento dei danni, senza more, senza escussioni, senza viluppi giudiziari: metodo speditivo quanto semplice ed efficace.

Anche il venditore ci trova il suo conto. Ma l'articolo 97 del Codice di commercio ha sull'articolo 1512 del Codice civile il vantaggio di meglio determinare le conseguenze della risoluzione del contratto. La risoluzione pura e

---

(1) *Vente*, n° 159. Concorda DUVERGIER, v° *Vente*, num. 160.

(2) MANTICA, *De tacit. et ambig.*, lib. IV, tit. XIX, num. 24 e 25.

(3) Fra i quali THOMASIUS, secondo ne dice TROPLONG.

(4) DELAMARRE e POITVIN, n° 82.

Digitized by Google

semplice del contratto può anche giovare al venditore, o perchè intanto sia aumentato il prezzo delle merci, o perchè gli giovi tosto spirato il giorno, poterne disporre altrimenti, mentre il compratore non si è fatto vivo, non si è presentato col prezzo in mano. L'art. 1512 non parla del risarcimento dei danni; può quindi tenersi che il venditore sia abbastanza soddisfatto coll'uscire d'impegno. Vero è che l'art. 1163, il quale contiene, come ho detto, un principio suscettivo di molte applicazioni, potrebbe credersi avere una influenza da non trascurarsi nell'interpretazione dell'art. 1512: io lascio il dubbio come sta; e dico che l'articolo 97 ci ha fatto un gran bene spiegandosi così chiaramente. È manifesto che allorquando il venditore offre le merci prima della scadenza del termine del pagamento, mostra che a lui preme la esecuzione del contratto; che egli v'insiste, e mette in aperto la sua intenzione di vendicarsene sul compratore se questi a sua volta non adempisse al contratto. Che il pagamento sia a rischio, e per così dire a capitale perduto, non si dubita. Il venditore si prenderà il prezzo senza intenzione, e forse senza podestà di consegnare le merci. O il compratore insaccherà le merci con tutta la buona volontà di defraudare il venditore. Ma non è la legge che ne imponga l'obbligo (1). Porge il mezzo e lascia ad altri libero di usarne. Senza ciò si rientra nella condizione comune.

Qual è la condizione comune? facendo astrazione dall'articolo 97 del Codice di commercio, viene in primo luogo il patto espresso. Il contratto porta *la clausola risolutiva?* Rispettatela: la legge è nel patto. La *clausola risolutiva tacita* è semplicemente quella che la legge civile dichiara: in mancanza del patto ognuna delle parti si riserva tacitamente di esercitare quei diritti che le leggi concedono. Al venditore sono riservati quelli che risultano dall'articolo 1163 del Codice civile. L'uno e l'altro (compratore e venditore) possono prevalersi di tali facoltà e chiedere lo scioglimento del contratto per le vie giudiziali. Evidentemente codeste azioni sono meno energiche, meno pronte e decisive che quelle largite dall'art. 97 all'ordine dei commercianti per vendite commerciali. Se il venditore preferisce di ritirarsi dal contratto sotto il presidio dell'articolo 1512, non avrà da far nulla quando egli sia convinto che nello scioglimento del contratto consista tutto il suo diritto; se reputa competergli altresì l'azione del danno, dovrà fare una lite per tirare a tale interpretazione l'art. 1512, muto su ciò. Quanto all'altra e più generale disposizione, è chiaro ch'essa non è liberatoria, e il contratto potrà anch'essere conservato dalla equità del giudice, con dei temperamenti. Sono insomma situazioni poco decise, poco agevoli talvolta quando non si possa far uso che dei mezzi civili; di qui la utilità recata al commercio dalla nuova legge (2).

Articolo 98.

Se le merci vendute sono dedotte in contratto soltanto per quantità, specie e qualità, senz'altra indicazione atta a designare un corpo certo e determinato, il venditore è obbligato a consegnare la quantità, specie e qualità promessa, nel tempo e nel luogo convenuto, quantunque le merci che fossero a sua disposizione al tempo del contratto o che egli si fosse procacciato in appresso per l'adempimento del medesimo, siano perite o ne sia stato per qualsiasi causa impedito l'invio o l'arrivo.

365. *Ragione meramente dichiarativa di questo articolo.*
366. *Discussioni dottrinali elevate intorno alla influenza del prezzo accertabile a misura nelle vendite in massa.*
367. *Determinazione dell'articolo 1451 del Codice civile che si ritiene differisca dai principii del diritto romano.*

---

(1) Faremo bene i nostri calcoli; vedremo che si debba ripromettere dalla situazione economica dell'altra parte: certo sarebbe un cattivo giuoco quello di offrire delle merci qualche giorno prima della scadenza ad un negoziante che sta facendo i passi retrogradi per pagare tutti i suoi creditori nella stessa maniera.

(2) I richiami in via d'esempio fatte in questo numero non contengono propositi assoluti, modificandosi in gran parte le indicate nozioni in tema di contratti commerciali. — Vedi specialmente il num. 370.

Digitized by Google

368. *In applicazione della teoria, si esamina il caso di una vendita fatta in massa, ragguagliando il prezzo a un tanto per una data unità; e che dopo la tradizione, ma prima della misura, la cosa sia perita. Essa è perita al compratore.*

369. *Perisce egualmente al compratore appresso la consegna per lo principio del gius commerciale — che ogni corpo colla consegna diventa certo.*

370. *Raccolta di regole relative alle cose vendute che ricorrono più frequenti nei contratti commerciali.*

---

365. Anzichè nuova disposizione, questo articolo non è che l'autorevole conferma di una massima già proclamata in giurisprudenza, e della quale nonostante si era passato il Codice civile. Niun dubbio che chi ha venduto mille ettolitri di grano della tale specie e qualità, o cento pezze di panno della tale specie e qualità, deve farne la consegna: la vendita da questo lato è perfetta. Ma il corpo non essendo *certo*, la proprietà non ha potuto trasferirsi nel compratore, perchè non solamente non ebbe luogo la tradizione (per la quale ciò che è indeterminato ed incerto diventa certo); ma in difetto di una tradizione reale, non può fingersi tampoco una tradizione virtuale, simbolica, nominativa. E ciò perchè la finzione legale si surroga talvolta alla realtà, in quanto sa trovare degli equipollenti che ne rendono somiglianza, e possono produrre razionalmente i medesimi effetti; ma la verità dev'essere nel fondo, dacchè quello stato di cose la rappresenta. E non può darsi tradizione reale o suppletizia ove l'animo non possa concepire distintamente l'oggetto e dire a se stesso: è questo. E quindi nulla di nuovo aggiunge l'articolo 98 in ciò che segue, mentre poco importa che il venditore avesse fra sè divisato di consegnare quelle masse di grano che teneva ne' suoi granai in Ferrara, invece di altre masse consimili che teneva nei magazzini di Ponte Lagoscuro, e che le prime siano state divorate dal fuoco; egli deve consegnare altrettanto di quantità, di qualità e di specie. Ciò è del tutto naturale. La vendita di cose mobili può essere perfetta in se stessa, e non esserla rispetto *al pericolo*; nè mai ricade il pericolo sul compratore se il corpo non è certo; se non vi fu tradizione effettiva e possibile. Questa disposizione di effetti e le norme regolatrici sono stabilite negli articoli 1450 al 1453 del Codice civile.

366. Non vogliamo far delle glosse intorno a questi articoli; ma non possiamo dispensarci da alcune osservazioni, che non sono senza importanza nelle applicazioni commerciali, o che ad ogni modo convien dedurre dai principii stabiliti nel Codice civile.

L'articolo 1451 (1) descrivendoci la vendita *in massa* o per *aversionem*, sancisce che la vendita è in massa quando è fatta per un *solo prezzo*, che, nel diritto romano, è la caratteristica eminente di simili vendite (2). Tutto questo insieme, questa *universalità*, è venduta in un sol colpo, ad unico prezzo; deve però presentarsi come un *corpus*, del quale, al pari di tutto ciò che è esteso, si conoscano i limiti, in quanto cioè sia misurato da un continente che sotto questo rispetto lo renda specifico, distinto e mentalmente percepibile. Questo modo consueto di specificazione supplisce alla indicazione della quantità (quantità *continua*, come fu detto esattamente), e ne tien luogo. Chi vende tutto il grano esistente nel magazzino *A.* ha già adempito questo sostanziale requisito della vendita: niun dubbio intorno a ciò. Tali contrattazioni sono di grande uso in commercio, anche per merci non presenti, che si aspettano, che *si trovano in viaggio* (articolo 99), purchè sia bene specificato il continente, il che soddisfa a due scopi: 1° fermare la idea della quantità (3); 2° identificare il corpo venduto, che il compratore non ha visto, ma ha letto nella fattura che il venditore gli ha consegnata (4).

---

(1) Non è che il riporto dell'articolo 1392 del Codice albertino: quanto era superiore la sua redazione a quella dell'articolo 1586 del Codice Napoleone! Noi abbiamo bene applicato l'insegnamento di Pardessus, *Droit commercial*, num. 292.

(2) « Si omne vinum, vel oleum, vel argentum, « vel frumentum (quantumcumque esset) *uno pretio* « *venierit...* » (Leg. 35 Dig. de contrah. empt.).

(3) Quello che si contiene o può contenersi nella nave indicata.

(4) Vendo al signor *B.*, che accetta, tutto il caffè che io ritengo sul brik, il *Simeone*, di mia proprietà, giunto nel porto di Genova, o viaggiante, per il prezzo di lire 15,000.

La vendita *en bloc* o *per aversionem*, può comprendere in uno gli oggetti più svariati e diversi. *A.* vende a *B.* tutto il contenuto de' suoi fondachi e magazzini in via Cavour e in piazza Vittorio Emanuele, num. 5 e 6, per il prezzo di lire ...... Ci saranno oggetti d'ogni qualità, d'ogni maniera,

Digitized by Google

Si è detto or ora che, nel diritto romano, la unità del prezzo è il carattere eminente della vendita per *aversionem*. Resta a vedere se le legislazioni moderne, ritenendo pure la vendita in complesso, non abbiano o modificata o spiegata la condizione o la nota caratteristica dell'*unum pretium*, per viste certamente di maggior utilità commerciale, ponendo come elemento principale e costitutivo di tali vendite la *universitas*, una totalità di cose determinata dal luogo.

Nelle discussioni che precedettero la redazione degli articoli 1585 e 1586 del Codice Napoleone, TREILHARD aveva sostenuto nel Consiglio di Stato, che il carattere distintivo della vendita *en bloc* dovrebbe risultare dall'oggetto, ossia in quanto la vendita avesse per oggetto una totalità o universalità di cose, anzichè dalla forma del prezzo. Secondo questo sistema (che sembra aver trionfato), simili vendite sono perfette tosto che il prezzo è stabilito; sono perfette, non per l'obbligazione soltanto, ma a tutte le conseguenze giuridiche, quindi anche per lo pericolo che subitamente incombe al compratore. Se adunque il prezzo non era designato in una forma sintetica e precisa (1), ma fissato a un tanto per una determinata unità di misura, la vendita era tuttavia perfetta. Che mai resterebbe d'indeterminato?

La cosa è certa, limitata, precisata dal suo continente (2); precisato il prezzo (3), perchè ogni misura ha il suo prezzo; s'ignora ancora la *quantità*: non monta; la somma delle singole misure forma il totale. Ecco la base del prezzo: il resto è affare di calcolo.

Dirà il FABRO perfetta esser la vendita quando nulla più resta a fare: ma qui c'è da far molto; nientemeno che la misura. Perfetta esser la vendita allorquando il compratore è in podestà di offrire il prezzo; il venditore di chiederlo (4). Si risponde (DÉLAMARRE e POITVIN, tom. IV, nº 122): non si tratta che della esecuzione; domandare che la misura si faccia: rapporto al venditore, la domanda equivale alla tradizione; rapporto al venditore, equivale alla offerta del prezzo.

Ma bisogna dire che un tale sistema non fosse assolutamente inconciliabile coi principii del diritto romano, se quel profondo interprete, che fu il VOET, disse con parole che è impossibile non ripetere: « Nec aliud dicendum si quis *omne vinum in dolio reconditum* seu doleare vendat, atque ita totum corpus vini dolio contenti, *pretio sic constituto ut pro portione mensuræ per admensionem manifestandæ solvatur pecunia;* sic ut admensio non conditionem faciat, ex quo vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quandam quantitatis vini pure pleneque distracti » (*Tit. de contr. empt.*). La conclusione è che *etiam ante admensionem* (res) *periculo emptoris sunt* (5). Tuttavolta TROPLONG non si lascia condurre a questa teoria, forse poco rispettosa al testo della Leg. 35 de contrah. empt. Egli segue le grandi orme di POTHIER; reputa condizionale la vendita; confuta CARONDAS, dicendo che se il prezzo non è accettato, *vi ha dunque incertezza nel prezzo*, e quindi evidente la condizione (6).

367. Il nostro Codice di commercio si passa di tutto questo: senza dubbio il legislatore fu persuaso di avere nel Codice civile messa in piena luce la sua volontà intorno a questa forma di contratto a cui il commercio annette una importanza di prim'ordine.

Giova aver sott'occhio il testo intero dell'articolo 1451: « Se al contrario (7) le mercanzie « sono state vendute in massa, la vendita è

---

utensili, arnesi ai servigi dei fondachi: la vendita è perfetta: appena consegnate le chiavi, il pericolo incombe al compratore.

(1) Non con questa formola: A. *compra da B. tutto il grano esistente nel suo magazzino in via.... per lire* 10,000, ma con quest'altra: A. *compra da B. tutto il grano esistente nel suo magazzino a lire.... per ogni ettolitro.*

(2) Siccome la capacità del vaso determina il *quantum* del liquido che vi si contiene.

(3) Similmente con esempio comunissimo in commercio: *si vende la nave A. a un tanto per tonnellata.*

(4) « Proinde non potest scire emptor quantum pretii nomine offerre debeat ut venditorem urgere possit ad venditionem; nec venditor quantum pretii nomine petere, ne si totum quod vendidit tradere paratus sit » (*Rationalia*, t. v, p. 217).

(5) CARONDAS citato da TROPLONG: « La mesure « n'est pas par le perfectionnement de la vente; « *mais par la certification de prix* ». Intorno a questa dottrina si raccolgono le opinioni autorevoli di DELVINCOURT, DUVERGIER, DURANTON, ZACHARIÆ, DÉLAMARRE e POITVIN, ecc. Nella schiera eletta dei romanisti puri si esprimono in senso contrario UBUNSEMANNO, CUJACIO, POTHIER, ecc.

(5) Dirò un po' più sotto che questa è la vera esposizione del diritto romano. A quel grande scrittore non impose altra opinione l'articolo 1585 del Codice Napoleone, che egli spiegò nel senso che la vendita era bensì perfetta, ma la proprietà non perciò trasferita nè quindi caricato il pericolo al compratore (nº 86). ALAUZET sembra dividere questo avviso (*Comment.*, nº 570).

(7) Vedi l'articolo precedente.

« immediatamente perfetta. — S'intende fatta « la vendita in massa se le cose sono state « vendute per un solo e certo prezzo, senza « che siasi avuto riguardo al peso, al numero « o alla misura; o anche quando vi si abbia « riguardo unicamente all'effetto di determi- « nare la quantità del prezzo medesimo ».

Dicendo che *la vendita è immediatamente perfetta*, significa che *le cose stanno a rischio e pericolo del compratore*, poichè nell'art. 1450 si pose la massima contraria. La differenza è, che nella ipotesi di questo articolo, le cose non sono state vendute *in massa*, ma *singulatim*, la misura o peso non conferendo soltanto a *determinare la quantità del prezzo*, ma sì a determinare lo stesso corpo venduto.

Ecco dunque risoluto il dubbio nel modo più largo, più favorevole al commercio, più conforme ai bisogni odierni (1); non corrispondente quindi al sistema dei giureconsulti romani, secondo il quale il prezzo, rimanendo incerto, rendeva la vendita condizionale; per noi il prezzo è certo quando è stabilito in lire 50 per ogni ettolitro di grano: il legislatore ha avuto cura di dichiararlo (2).

368. Fermo adunque il principio, che diremo di diritto moderno, discendiamo ad alcune applicazioni pratiche, le quali non si concepiscono facilmente coll'aiuto della sola teoria ora proposta; bisogna accostarvi qualche altro principio.

Oggi *B.* ha venduto a *C.* tutto il carbone esistente in magazzini determinati a lire........ per quintale, e consegna le chiavi. Nella notte s'incendiano i magazzini, tutto perisce. È a danno di chi? Io dico del compratore: e sono coerente ai presupposti principii. Qui i signori DÉLAMARRE e POITVIN mi girano nel manico, e mi perdonino la frase che nulla toglie al grande rispetto che io loro professo; ed è appunto per questo rispetto della loro autorità che io sono costretto a rispondere. Essi si mettono all'ombra di una idea che può parere un principio: « Un cas anormal ne se régit point « par la règle générale; il y est soumis seule- « ment, *quatenus patitur rerum natura* », per concluderne che la *vendita è nulla*, dacchè non è più possibile determinare il prezzo mediante la misura; aggiungendo però, che la vendita è nulla *per colpa del venditore*, che non si è affrettato a domandare la misura, domanda che si confonde, ossia equivale alla tradizione.

Se gl'illustri scrittori non avessero professati quei principii che io pure ammetto (V. sopra, nº 366), si potrebbero credere in errore, non accusare di contraddizione. Essi rinunciano al proprio sistema, e abbracciano quello dei contrari, dal punto che si conviene che il venditore doveva fare qualche cosa prima di trasportare la proprietà e l'intera obbligazione nel compratore. Io dico pertanto che la vendita è valida anche all'effetto di aggravare il pericolo al compratore. Che rimane? una questione di fatto: quando il venditore verrà a reclamare il prezzo, dovrà stabilire la quantità contenuta nei magazzini, il che potrà fare in molte guise, o colle fatture, o coi libri, o con testimoni; ma non sarà questione di diritto (3).

Per fondare una tale risoluzione io ho presupposta la tradizione; sono partito dal punto che il venditore abbia adempito al debito suo, restando tuttavia creditore del prezzo. Commercialmente, io non concepisco il pericolo del compratore senza la tradizione (4) o senza l'offerta della cosa, che *idem est*. È forse che in commercio si modifica il disposto dell'articolo 1448 del Codice? Mi si permetta di non abbordare una discussione che non potrei trattare con poche parole, e di porre semplicemente il principio.

---

369. Ho il dovere di ripigliare il tema che lasciai sospeso al nº 295, e la soluzione mi riesce facile. Spediti dalla spontaneità del venditore per far cosa grata al compratore, i vini comprati *con patto espresso* (5) di misura ed assaggio, prima di averne fatto l'esperimento, e questi per via essendo iti dispersi per un caso qualunque non imputabile, ci risulta chiaro che il pericolo rimane al venditore, non potendone essere liberato dalla spedizione, prima della tradizione effettiva.

(1) Questa bella redazione è dovuta al Codice civile di Parma del 1820 (articolo 1390) dal quale prese la propria il Codice sardo del 1837 (articolo 1392).

(2) *Certezza* del prezzo, *determinatezza* del prezzo: cose diverse. Abbiamo la prima quando la base del calcolo del prezzo è ferma; la seconda non è che il risultato del calcolo: *la somma*.

(3) Mi piace ricordare in questo proposito l'autorità del CASAREGIS (Disc. 137, num. 5 e 6). Sembrami che più avanti gli scrittori sopra citati rientrino nel primo concetto; dal canto mio non posso protrarre di più questo esame. Vedi i n. 121, 145 dei citati scrittori. Certo è però che in questi numeri si cammina molto confusamente.

(4) Il discorso preliminare al Codice di commercio francese enunciava il principio: *la propriété s'acquiert par la tradition*.

(5) Dico *patto espresso*, e ne vedrai la ragione nel numero seguente.

Digitized by Google

Ma che diremo qualora i vini fossero stati in effetto consegnati al compratore, al commissionario od altro incaricato o rappresentante? accompagnata la consegna dalla fattura, espressa in modo specifico come deve esser una fattura (1) (che suppone verificazione di qualità e quantità, e fatta dallo speditore anche senza l'intervento del compratore o commissionario), coll'accettazione della fattura ritiensi appunto accettata la merce in qualità e in quantità, ed a rischio, salvo di fare il confronto all'arrivo di essa merce. In principio: il ritiro della merce *rende sempre il corpo specifico e certo* (2).

Conclusione: l'art. 79 del Codice di commercio riceve una limitazione nel caso che la merce sia spedita senza pesatura e misurazione (quando sia convenuta) a vendita non ancora perfetta: ma alla consegna, il corpo diventa certo, e il rischio del consegnatario, anche senza colpa sua, incommutabile.

Questa proposizione ha sviluppo nel numero che segue.

370. *Regole relative alla cosa venduta che ricorrono più frequenti nei contratti commerciali.*

Se taluno credesse di trovare una direzione positiva nelle poche norme tracciate dal Codice civile, di fronte alla moltiplicità dei fatti commerciali e delle combinazioni di questo genere che si offrono ogni giorno, andrebbe grandemente errato: non già che quelle siano norme vane e non attendibili, ma perchè il bisogno del commercio le trascende, o non ricevono una precisa applicazione, o sono modificate dagli usi, e non si estendono a tutti i casi.

Ciò che sarebbe materia di un trattato, è per me un rapido compendio, dal quale tuttavia non posso dispensarmi.

1. « Quanto al vino, all'olio e alle altre « cose delle quali si usa far l'assaggio prima « della compra, non vi è contratto di vendita « finchè il compratore non le ha assaggiate e « riconosciute della qualità stabilita » (articolo 1452 del Codice civile).

2. Se la cosa venduta è *presente e non designata che per ispecie* (3) anche in commercio si ritiene la condizione *sospensiva potestativa* dell'articolo 1451 del Codice civile, specialmente se la vendita abbia per oggetto, benchè secondario, il consumo del compratore (Troplong) (4).

3. Se la cosa è presente, ma non è della natura di quelle che si usa sperimentare col gusto o in altro modo, l'accettazione si ritiene incondizionata; e da quel momento il pericolo sta al compratore, sebbene la cosa non sia ancora consegnata, purchè il venditore non sia in mora di consegnarla.

4. Quando la cosa non è soltanto designata nella specie, ma lo è ancora per le sue qualità particolari (5), o anche generali (6), la compra si presume a condizione sospensiva, casuale però e non potestativa. Non è quindi rimesso all'arbitrio del compratore il giudizio che, nel dissenso, sarà demandato a periti (7). Il pericolo è del venditore sino alla verificazione.

5. La regola portata al numero precedente dovrebbe modificarsi quando, potendo il compratore verificare al momento, almeno in via di saggio, la qualità dichiarata e promessa, non fa nulla di questo, ma lascia che abbia luogo la da lui ordinata spedizione del vino, per esempio, in bottiglie ben chiuse e sigillate, come si suole. Non può ritenersi in simili casi la condizione sospensiva, ma solo la risolutiva, verificandosi la qualità disforme dalla promessa; e meglio si applicherebbe l'azione dell'emenda del danno ove il difetto non si verificasse che in minime proporzioni (8).

6. Se non è fissato termine all'assaggio, e la cosa è rimasta in mano al venditore, egli non può disporre della cosa prima di aver diffidato il compratore a farne tostamente l'assaggio; intanto la cosa perisce al venditore.

(1) O lettera di vettura (articolo 81).

(2) « Ces choses, une foi livrées, deviennent des « véritables corps certaines » (Pardessus, Corte di Nancy, 4 gennaio 1827).

(3) Tanti barili di vino o d'olio, ecc.

(4) Questa ragione non è la sola. — V. sotto il num. 9.

(5) Vendita di spiriti (liquori ardenti) della tal bontà e grado... vendita di un vapore della forza di venti cavalli che fa un viaggio di... in ore..., ecc.

(6) Vino sincero, mercantile, vecchio.

(7) Si tratta non di un apprezzamento soggettivo, ma di qualità inerenti ad una cosa di cui la scienza e l'arte sono giudici: *quale est quod venditum est.*

(8) Parmi non dica diversamente chi scrisse come segue: « La marchandise a été livrée sous colis en « ballots ou sous enveloppe empêchant d'en faire « sur le champ la vérification et l'essai, l'acheteur « peut en réclamer pendent un délai laissé à l'ar- « bitrage du juge contre le defaut de conformité » (Délamarre e Poitvin, tom. iv, pag. 333).

Io mantengo ciò che ho detto in questa regola anche in tutte le vendite che si fanno per campione e previa consegna. Il pericolo è al compratore. Avvertimento grave per l'ordine e la sicurezza delle transazioni commerciali.

Digitized by Google

7. Se la condizione non è sospensiva ma risolutiva (*V.* sopra n° 5), di ragione pesa sul compratore il pericolo.

8. La mora del compratore a ricevere la consegna, dopo quel breve intervallo che l'uso concede, e senza d'uopo d'invocare il giudice, libera d'impegno il venditore, che può tosto disporre della cosa (1); ovvero può costringere il compratore a pagare il prezzo, o farsi autorizzare a vender la cosa per di lui conto, danno e spesa.

9. Se io compratore sono venuto in tempo debito (cioè non dopo scaduto il termine di consuetudine, o assegnatomi dal giudice o dalla parte) ad assaggiare il vino, l'olio, l'acquavite, la birra, ho potuto rispondere senza renderne conto: non mi conviene (2).

10. Se il compratore si riserva l'esame o la prova della merce e non enuncia tempo, e il prezzo della cosa sia soggetto a variazioni di corso (in borsa), l'uso assegna un termine brevissimo (3).

11. Durante questo termine, il venditore rimane alla dipendenza della decisione del compratore (4), e la cosa perisce al venditore.

12. Se Tizio compra e si riserva di restituire la cosa quando non la trovi di sua soddisfazione, la condizione è risolutiva; e prima della sua risposta perisce al compratore.

13. Se la cosa non perisce ma deteriora naturalmente (5) in questo corto intervallo, il compratore è in diritto di rifiutarla, tanto se la condizione sia sospensiva quanto risolutiva (6). Per contro se vuol ritenere la cosa, comunque deteriorata, deve pagare il prezzo intero (7).

14. Se è fissato il giorno e l'ora in cui il compratore verrà ad assaggiare il vino, l'aceto, ecc., l'ora spirata, il venditore è libero.

15. Se i periti giudicano che la merce è buona e mercantile, ma che si è deteriorata in tutto o in parte (8), il compratore può rifiutarla, semprechè il deterioramento non sia avvenuto in causa del suo ritardo.

16. Se io compro da Tizio il vino della sua cantina, e commetto al sensale o ad un terzo qualunque di riconoscerne la buona qualità, rinuncio all'assaggio mio personale; e se il mandatario l'accetta, il contratto è stabilito: a me resta il pericolo.

Soltanto potrò far risolvere la vendita se il vino si trova di qualità assolutamente cattiva (9).

17. Pietro compra da Paolo il vino della futura raccolta nei piani di Marsala da lui posseduti. Si combinano i modi della fabbricazione, della custodia e conservazione, il tempo della consegna nei magazzini del venditore. Non si parla di assaggio. L'obbligazione di Pietro è immediata, non sospesa da condizione (10). Si ritiene la rinuncia alla facoltà dell'assaggio dedotta dalle particolari circostanze del contratto.

18. Se io compro il vostro vapore *a prova* senz'altro aggiungere, la condizione è sospensiva e potestativa *si placuerit;* e pendente la condizione, ogni danno e pericolo è vostro, salvo da me non venga la causa.

19. Se io compro il vostro battello a vapore per lire 50,000, col patto che lo terrò a prova per dieci giorni, nel qual termine sarò in facoltà di restituirlo ove non mi convenga; posso bensì entro questo termine restituirlo *si non placuerit*, e senz'altra ragione: ma se il battello perisce prima della mia decisione, perisce a mio danno (11).

(1) Altrimenti, in particolare quanto a valori soggetti a corso pubblico, egli sarebbe in balìa del compratore, che aspetterebbe a decidersi il tempo del riflusso, ossia del ribasso.

(2) O perchè tale sia il mio gusto personale, o perchè io interpreto, così facendo, il gusto dei consumatori, sentendo di fare un cattivo acquisto pel pubblico.

(3) Per solito, l'intervallo da una borsa all'altra. Esempio: compra di verghe metalliche, o altre merci consimili.

(4) Essendo la condizione sospensiva e potestativa.

(5) E senza colpa.

(6) Anche se risolutiva (V. sopra num. 5), essendo diverso il deterioramento della cosa dalla sua sparizione totale.

(7) In ciò consiste la equità dell'alternativa.

(8) Essendosi inacerbito il vino sotto la sferza canicolare.

(9) Perchè il mandatario oltrepassò i limiti del suo mandato, se niuno che fosse leale mandatario avrebbe accettata una qualità che supposi *assolutamente* cattiva.

(10) Due ragioni principalmente appoggiano questa regola: 1° La natura del contratto esclude per tacito consenso ogni condizione sospensiva, non potendosi mai supporre che *il non mi piace* del compratore possa un anno dopo mandare a monte tutto questo; 2° Che lo scopo evidente dell'acquisto era la *rivendita commerciale*, anzichè la consumazione dell'individuo o della famiglia, e in tal caso si considerano più specialmente le qualità generali della merce, in quanto cioè siano commerciali. Ma la prima è prevalente, come dichiaro nella regola (Corte d'Angers, 21 gennaio 1835, Dalloz, e Corte di cassazione che rigetta il ricorso 29 marzo 1836).

(11) *Si quid ita venierit ut, nisi placuerit intra præ-*

Digitized by Google

Questa regola deve modificarsi se la perdita sia per vizio proprio della nave, sicchè sarebbe ugualmente perita per naturale disfacimento in mano al venditore.

20. Quando la cosa (il battello a vapore) è venduto *a prova*, in principio la condizione si reputa sospensiva. Se il compratore lo ritiene un certo tempo senza decidersi, o si può costringere a brevissimo intervallo, o si può anche ritenere, secondo le circostanze, la rinuncia alla condizione (1). E s'intende se il termine non sia già fissato dall'uso commerciale.

21. In massima generale, essendo statuito il mercato a condizione risolutiva senza prefissione di termine, il giudice lo prefigge perentorio, entro il quale il compratore accetta e rinuncia il contratto.

22. Se io ho comprato con facoltà di prova e di restituzione in un termine il vostro battello a vapore, e prima dello spirare del termine dichiaro che non mi conviene, che ho in animo di restituirlo, ma mi è impedito da un fatto da me indipendente (2), io ho adempito al debito mio, quando il fatto sia tale che sarebbe non meno accaduto al venditore, dato che il battello fosse rimasto presso di lui (3).

23. Quando la cosa non è in vista, e si negozia da lungi per mezzo di persona incaricata di acquistare la merce indicata nella specie o anche per qualità, la condizione della buona qualità, e della qualità conforme al convenuto, vi è sempre sott'intesa, non per *sospender la vendita ma per risolverla*, giusta la regola precedente, mancando la condizione.

24. Se il negozio è stato combinato direttamente fra commercianti corrispondenti (4), il compratore che fosse stato ingannato nella sua fiducia, oltre la risoluzione del contratto, ha l'azione pel risarcimento dei danni (5). Quindi dal momento della spedizione il pericolo cominciò a carico del compratore (6).

25. La spedizione spontanea sotto speranza di futuro contratto è chiaro non essere impegnativa per colui che ha acconsentito alla spedizione colla *espressa riserva* di farne l'esame o la prova. La condizione è sospensiva: podestativa non credo (7).

26. In certi casi particolari potrà anche ritenersi potestativa se si prova che il negoziante d'America ha soverchiamente insistito nell'offrire la merce; che trattavasi di articoli che il commerciante italiano diceva di non conoscere, di non sapere quale applicazione se ne potesse fare al commercio del paese, e si riservava di esaminare egli stesso le cose quando sarebbero arrivate. Dipende dal fatto.

27. Succede che un tale che è debitore vende una cosa al creditore ad oggetto di assicurare il credito, riservandosi di ricuperarla entro un certo tempo. La vendita essendo validamente contratta (8) sotto condizione risolutiva, il pericolo sta a carico del creditore, salvo convenzione contraria.

Articolo 99.

La vendita di merci che si trovano in viaggio, con la designazione della nave che le trasporta o deve trasportarle, è subordinata alla condizione del *salvo arrivo* della nave designata.

Se il venditore si riserva di designare in appresso la nave che trasporta o deve trasportare le merci vendute, il contratto non è perfetto finchè la designazione non è fatta. Se alla designazione è stabilito un termine, il contratto si ha come non avvenuto, se il termine è trascorso senza ch'essa sia stata fatta. In ambidue i casi il compratore non ha diritto a indennità se non fu espressamente convenuta.

---

finitum tempus, redhibeatur, ea conventio rata habeatur (Leg. 31 § 22 Dig. de edil. ed.). E significa che la condizione non è che risolutiva.

(1) Parmi non voglia dire altrimenti TROPLONG (*Vente*, num. 103).

(2) Perchè il battello è stato requisito pei bisogni dell'armata (Caso di DELAMARRE).

(3) E siamo in questo caso. Questa teoria è conforme alla disposizione dell'articolo 1298 del Codice civile.

(4) Come di solito avviene.

(5) Certo è però che avendo corsa la fede del suo corrispondente senza alcuna riserva, il contratto era stabilito.

(6) *La spedizione vale tradizione.* — Vedi anche l'articolo 79.

Io do la più grande estensione a questa regola, e vi comprendo anche il caso che il venditore avesse assunto il trasporto a proprio carico.

(7) Il corrispondente di qui non può rigettare la merce che ha acconsentito gli sia spedita dall'America, solo per un suo capriccio. La giustizia verificherà s'egli ha buona ragione per rigettarla.

(8) Purchè non sia in frode dei creditori.

Digitized by Google

Articolo 100.

Se nella vendita di merci che si trovano in viaggio è fissato un termine per l'arrivo della nave designata nel contratto o posteriormente, ed il termine scade senza che la nave sia arrivata, il compratore ha la facoltà di recedere dal contratto o di prorogare una o più volte il termine.

Articolo 101.

Se non fu stabilito alcun termine all'arrivo della nave, s'intende convenuto il termine necessario al compimento del viaggio.

Nel caso di ritardo l'autorità giudiziaria può stabilire un termine secondo le circostanze, trascorso il quale senza che la nave sia arrivata, il contratto debba aversi per risolto.

In nessun caso l'autorità giudiziaria può stabilire un termine maggiore di un anno dal giorno della partenza della nave dal luogo dove ha ricevuto a bordo le merci vendute.

371. *Osservazioni esegetiche.*

372. *Tre forme di vendita marittima: 1° a condizione sospensiva; 2° a contratto o* mercato definitivo; 3° *a contratto o* mercato fermo. *Esame del primo rapporto.*

373. *Per quali caratteri estrinseci e modi contrattuali si distingue il secondo rapporto; nel quale il solo caso fortuito rimane sottinteso e riservato.*

374. *Di una specie analoga di vendita marittima, che senza designare una nave in maniera specifica, la indica in ragione del tempo in cui partendo da un dato punto arriverà in un altro, a giorno fisso, relativamente ad altre navi che sono per arrivare nello stesso luogo.*

375. *Del contratto* o mercato fermo. *Nozione di questo contratto; conseguenze alle quali si assoggetta il venditore.*

---

371. Della consuetudine generale del commercio il Codice nostro ha formato una legge (articolo 99 in princ.); poi decide il caso della promessa e non fatta designazione della nave; esamina che debba adottarsi nell'interesse del compratore qualora un termine stabilito scada senza effetto, o non sia punto stabilito, stando però la convenzione di vendere e di comprare rispettivamente le merci che dovranno arrivare sopra una nave designata. O il termine risulti dalla convenzione, o sia assegnato dal giudice in mancanza della convenzione, una è sempre la conseguenza: la vendita non sussiste.

Quando il contratto sia imperfetto nella sua origine, o quando, perfetto, si risolva, noi troviamo indizi abbastanza chiari nel giro di codesti articoli. *Il contratto è imperfetto*, si dice nell'articolo 99, *finchè la designazione della nave non è fatta.* Designata la nave, fissato il termine, il contratto è. Se nel tempo indicato dal venditore la nave non giunge, è nella facoltà del compratore *di recedere*, verificandosi in tal modo una condizione risolutiva tacita di cui egli può approfittare. Recedere dal contratto, vale come averlo per non esistente e come non mai esistito; è uno scioglier d'impegno sè e il venditore ad un tempo. Reputo non sia da giudicarsi altrimenti nelle specie dell'articolo 101. Ma tutto ciò, come dissi di sopra, è *nell'interesse del compratore:* aggiungasi, nell'interesse generale del commercio, poichè le lunghe e indefinite aspettazioni imbarazzano i capitali, li condannano a rimanere oziosi, li sviano da utili e fruttuosi impieghi. Ciò specialmente quando si ha a fare con un elemento sì poco trattabile come il mare, e di promesse che devono esser portate sulle ali dei venti.

372. Intanto si ricerca se i diritti del compratore siano limitati a quelli che nei suddetti articoli si dichiarano: diritti di recedere dal contratto, di avere il contratto per risolto, di poter quindi disporre senz'altro pensiero dei propri capitali; o se altri e maggiori possano eziandio competergli contro il venditore

Digitized by Google

per risarcimento di danni e interessi. Prima di rispondere, stimo necessario volgere uno sguardo alle teorie del diritto commerciale su questa materia.

In ordine a vendite marittime, tre posizioni o stadi contrattuali sogliono considerarsi: 1° una negoziazione avente carattere non impegnativo e obbligatorio dal lato del venditore, nè quindi del compratore; una negoziazione cioè dominata da condizione sospensiva; 2° il contratto in quanto è compito e *definitivo;* 3° il contratto o *mercato fermo* che, come ora diremo, produce a carico del venditore obbligazioni più gravi ed estese.

Il primo rapporto nasce quando il venditore si obbliga di maniera da far comprendere al compratore ch'esso non assicura e non può assicurare il *felice arrivo* della nave in un tempo qualunque. Le dichiarazioni e specificazioni che accompagnano la promessa non sono quelle che decidono del suo carattere definitivo. Tizio, che aspetta una spedizione per via di mare, vende a Caio il carico di zucchero portato dal bastimento *San Giuseppe*, capitano B. L., al porto di Genova, *salvo felice arrivo.* La espressione di *aspettare per via di mare la spedizione*, già denota che il venditore è piuttosto *nella speranza* che nella certezza di conseguire quell'intento, ne risulta che alla vendita effettiva si frappone una condizione casuale, un avvenimento che non dipende dal promittente, e il contratto può essere stornato rispondente, che da combinazioni fortuite. Non sì da altrimenti se il venditore dicesse che *per notizie avute dal suo corrispondente* d'oltre mare, deve caricarsi una sua barca ed arrivare al porto di Marsiglia; nè osta che la barca fosse designata, mentre la questione non cade sul mezzo di trasporto, bensì sulla effettuazione del trasporto medesimo. Se *la nave non è designata*, l'argomento di una vendita meramente condizionale si fa evidente: mostra che il venditore manca di cognizioni precise dello stato delle cose, che non può farsi garante dell'avvenire; e tale incertezza essendo necessariamente appresa dall'altra parte, essa non può dare alle promesse un'importanza maggiore di quella che hanno; e quindi la condizione è tacitamente acconsentita.

Può farsi un'altra ipotesi. Il venditore non ha designata la nave, ma ha promesso di farlo *tostochè la nave viaggiante*, che porta il carico del quale egli crede poter disporre, *verrà a sua cognizione.*

Nell'opera di Délamarre e Poitvin vedesi la fattispecie decisa prima dal Tribunale di commercio di Marsiglia, indi dalla Corte d'appello d'Aix. Chi aveva interesse fece istanza onde si assegnasse al venditore un termine entro il quale avesse a designare la nave (1), e quel Tribunale di commercio lo prefisse il termine, a pena di pagare, per titolo di danni e interessi, la differenza che fosse per verificarsi fra il prezzo convenuto e quello corrente nell'ultimo giorno del termine. Decisione revocata dalla Corte d'appello (2), che ritenne non aversi in presenza delle circostanze del contratto un vero *marché définitif.*

Ed ecco la dottrina consacrata nel nostro articolo 99. La redazione di questo articolo è perfetta: la sua conclusione tronca ogni dubbio sulle conseguenze: il compratore non ha diritto a indennità se non fu espressamente convenuta.

373. La designazione non è adunque una nota positiva di contratto definitivamente stabilito, benchè senza di essa il contratto non sia stabilito, mancando in effetto il *corpus*, la cosa caduta in vendita, la quale, benchè non vista dal compratore, può concepirsi individuata in un continente *per descriptionem riconoscibile*, nel quale il consenso dei contraenti si concreta (3). Vogliono ancora la indicazione specifica della nave per toglier frodi, per impedire che il venditore, mancando quella nave, ne possa sostituire un'altra, estranea alla convenzione, alimentando con siffatti artifizi una negoziazione ch'egli ha interesse di sostenere, per la buona ragione che il compratore ha l'interesse precisamente opposto. Quali adunque sono i caratteri estrinseci, non equivoci e certi, del contratto definitivo? A parte le espressioni di forma e d'indole condizionale, sia la locuzione positiva e determinativa: — Io vendo ad *A.* tutto il caffè che ho fatto caricare a New-York sul bastimento *S. Pol*, condotto dal capitano P., ed ora in rotta verso il porto di Livorno, garantito l'arrivo entro il mese di agosto prossimo.

(1) Io adopero sempre questo vocabolo perchè è usato costantemente dal legislatore, e perchè non ha veramente un sinonimo che esprima colla stessa evidenza un'indicazione specifica e caratteristica quale si richiede.

(2) 23 gennaio 1840 (*Recueil de Marseille*, t. XIX, part. I, pag. 157). Si riconobbe anche una volta che i principii della vendita dettati dal Codice civile si modificano profondamente in faccia alle combinazioni commerciali che esso non aveva missione di regolare.

(3) Senza di che vi sarebbe una promessa di vendita, non una compra-vendita effettiva. Perciò *la designazione della nave è essenziale.*

Tali e simili formole, composte di affermazioni e assicurazioni del venditore, non possono essere imprudentemente e temerariamente adoperate senza sottoporre il promittente alle conseguenze dell'inganno nel quale avrebbe tratto il compratore. Il compratore vi ha contato sopra; ha fatto affluire dei capitali al luogo ove all'arrivo si deve pagare il prezzo; per ciò eseguire ha dovuto distrarli da altri punti e da altre negoziazioni a cui erano rivolti; insomma egli non può esser tacciato di facilità per aver accettato il contratto come serio, e di aver agito in relazione. La estimazione, il giudizio n'è interamente commesso ai tribunali; e la teoria deve star contenta all'avere accennato questo criterio.

Ma che rimane di sottinteso, di riservato, di condizionale in questo contratto? Il solo fortuito è riservato (1). Tutte le altre eventualità o fatti d'altra maniera, ogni altro ostacolo per cui la nave non arrivi o non possa arrivare nel luogo e dentro il termine convenuto (2) incombono al venditore. Eccone qualche esempio. La spedizione non è partita, come il venditore aveva ragione di credere: specialmente se il venditore non era altro che un commissionario che spendeva la parola altrui, benchè contrattando in proprio nome. La spedizione era partita, ma fu sviata, e la nave, per una ragione volontaria qualunque, fu spinta in altra direzione. È succeduta una baratteria, un fatto doloso del capitano, caso non raro, caso non imputabile allo speditore e tramato in di lui danno, e tuttavia da non annoverarsi fra i fortuiti e sopportabile dal venditore, sia o no proprietario del bastimento, difeso e no da un contratto di assicurazione (3).

La conseguenza è, che il compratore ha *la facoltà di recedere dal contratto* (articolo 100); mantiene però l'azione al risarcimento dei danni e interessi: conseguenza alla quale il suddetto articolo non osta: il Codice non si è occupato che della posizione del compratore in quanto può usare di certi diritti; non ha voluto dare perciò la misura dei suoi diritti, che sorgono dalla qualità delle convenzioni delle quali il Codice stesso non ci porge le nozioni, che noi dobbiamo togliere da altre fonti.

374. Malgrado però il rigore con cui è richiesta la designazione specifica della nave a perfezionare il contratto, non è inusata una vendita fatta nel modo seguente: — Vendo a Paolo tutto il carico di cotone, che sarà portato ad Ancona dalla prima nave proveniente da Marsiglia, che nel giorno 15 agosto entrerà in quel porto.

La nave non giunge da Marsiglia ad Ancona col carico dei cotoni; la condizione manca, manca il contratto.

Che questo modo di vendita, conosciuto ed approvato in commercio, sia stato abolito dal Codice, è ciò che non può ritenersi affatto: il nostro Codice non crea nè abolisce contratti di questo genere: esso se ne rimette, ed è forza che se ne rimetta, agli usi del commercio. Esso non dimentica che il mondo commerciale camminerebbe egualmente senza il Codice di commercio del regno d'Italia, e le sue restrizioni non farebbero che manifestarne la impotenza. Egli si contenta di regolarne alcuni effetti. E di ragione bisogna inferirne, che *la nave designata*, secondo il nostro articolo 99, è quella eziandio che si propone nella enunciata ipotesi.

Può accadere, ed è accaduto, che due o più navi della stessa provenienza sono entrate contemporaneamente nello stesso porto cariche della stessa merce. Io non farò che toccare di volo questa insolita questione, ed enunciare come è stata risolta dalla dottrina (4).

La vendita svanisce non essendosi avverata la condizione *specifica* alla quale era allegata. Io ho voluto comprare il cotone che mi porterà una nave, non quello che mi porteranno due navi. D'altra parte se due navi entrano di conserva, e non si può sapere quale sia la prima, io non trovo la nave convenuta (5).

375. In ragione marittima, *contratto* o *mercato fermo*, designa la nave, o anche senza de-

(1) Lo dirò anche colle parole di Délamarre e Poitvin, ecc.: « En resultat net: le marché définitif est celui qui désigne le navire, et par lequel le vendeur promette en des termes d'où l'acheteur doit conclure qu'il peut compter, *sauf le cas fortuit qui empêcherait l'arrivée du vaisseau* sur une livraison certaine de la marchandise achetée, et à jour convenu ».

(2) O se termine non è convenuto, in quello ordinario nel quale si compie quel viaggio (art. 101).

(3) I rapporti fra lui e l'assicuratore non alterano quelli ch'egli ha stabiliti col compratore.

(4) Cito come tale quella dei signori Delamarre e Poitvin, della quale mi valgo, trovandola perfettamente giusta (tom. IV, num. 31). E quelle e le seguenti idee sono tolte in gran parte dalla ricca collezione marsigliese.

(5) La condiziona dove compirsi in *forma specifica:* questo è il principio.

La stessa regola può esser invocata dal compratore nel proprio interesse.

Digitized by Google

signare la nave, indica e stabilisce il luogo ove arriverà una nave qualunque, a tempo fisso, la qual nave porterà il carico della merce precisata e caduta in vendita. È necessario che il contratto dichiari *contratto fermo* o *mercato fermo*.

Il costume del commercio ha dato a questa formola una significazione precisa. Il venditore si addossa non solo tutte le eventualità che sono a di lui carico nel *mercato definitivo*, ma eziandio tutti i casi fortuiti, in forza dei quali l'arrivo della nave venisse ritardato o anco impedito, eccettuata la sola perdita della nave (1). Se la nave non arriva, o non arriva con quel dato carico, per qualunque causa, meno la perdita di essa nave, o arriva più tardi del 30 agosto, il compratore è in questo diritto, o di recedere dal contratto, se gli talenta, senza danni nè interessi; o di chiedere la emenda dei danni e interessi.

Per la esatta nozione di questo singolare contratto è d'uopo aggiungere, che non occorre neppure individuare la nave che giungerà nel tempo destinato apportatrice del carico, ma può indicarsi *una nave qualunque* proveniente dal luogo *A*. (2). Se non arriva, il diritto del venditore è sempre quello che ora ho indicato (3).

In nessun caso il giudice può prorogare il termine convenuto che, essendo in commercio il punto fisso intorno al quale giuocano e danzano, se mi si permette la frase, i più rischiosi interessi, sarebbe la più evidente violazione del contratto. Dirò se il termine non è fissato.

La fissazione del termine non è necessario estremo del *mercato fermo*. Si può stabilire *contratto* o *mercato fermo* designando la nave, il luogo di partenza, il luogo dell'arrivo e della consegna senza indicazione di termine, e solo generalmente al *felice arrivo*: vale dire per quel tempo che sarà necessario alla traversata più o meno estesa (4). Formola o modo di convenzione che si accompagna così col *mercato definitivo* come col *mercato fermo*, salvi i diversi effetti giuridici che ne conseguitano (5).

Se il tempo non è fissato nella convenzione, è al giudice il determinarlo; la nobile funzione del giudice subentra alla convenzione per integrarla, non direi per forza di autorità quanto per tacito assentimento delle parti. O il compratore nell'interesse che la posizione sia definita, si rivolga al giudice perchè il termine sia stabilito; o invochi l'ufficio suo perchè dichiari che il termine trascorso lo scioglie d'impegno, e gli dà diritto alla emenda dei danni: in ogni caso il giudice misura le distanze, il corso ordinario del viaggio in quanto può compiersi da navigli che non siano di prima forza; e fa astrazione dai casi fortuiti, dagli ostacoli non comuni e dagli eventi straordinari. Vi sono però delle circostanze particolari che si ritengono non impreviste e non nuove ai contraenti delle quali il giudice equo dee pure tener conto. Se una nave proveniente da un porto dell'America deve toccare diversi scali per operazioni di commercio, indi fermarsi a Cadice per caricare i vini di Spagna venduti che verranno navigando sino a Venezia, il giudice non può fare a meno di calcolare codesti movimenti e il tempo che dovrà impiegarvisi (6).

A tali bisogni soddisfa bastantemente il nostro articolo 101. Vediamo ivi l'intervento del giudice essere limitato al caso che *niun termine sia stato stabilito all'arrivo della nave*. Ma la riserva dell'articolo 99 *salvo felice arrivo* (che inchiude i fortuiti, i sinistri causanti ritardo) è forse distruttiva del *contratto fermo*, che abbiam detto non considerare i casi di forza maggiore e i fortuiti, ove non siano tali da ingoiare e far perire la nave?

La difficoltà è stata da noi prevenuta. Abbiamo detto che il Codice di commercio nè in

(1) Tizio vende a Caio tremila sacchi di caffè che aspetta da Malta sul bastimento *Santa Maria*, capitano N. (che è bene, ma non necessario, indicare), da consegnarsi a Livorno il 30 agosto prossimo, *mercato fermo*.

(2) Altra formola: la nave *Santa Maria*, tonnellate ecc. — *o altra qualunque*.

(3) La ditta Gilbert di Marsiglia aveva fatto un contratto simile colla ditta N.; la nave che doveva venire dall'isola di Bourbon era la *Sabina*, *o qualunque altra*. La *Sabina* arrivò, ma qualche giorno dopo il convenuto, ritardata da fortuna di mare. Il Tribunale di commercio di Marsiglia « Attendu « que par cette clause (*marché ferme*) le sieur « Gillibert ont pris à leur charge toutes les éventualités qui peuvent retarder l'arrivée de la mar« chandise vendue, et pris l'obligation de la livrer « au terme convenu; que l'offre qu'ils font au« jourd'hui ne saurait donc être accueillie... » condannò ai danni e interessi (*Recueil de Marseille*, tom. XIX, part. I, pag. 148).

(4) Da San Domingo a Genova; da Calais a Palermo.

(5) L'abbiamo già detto, e giova ripeterlo, che la prima convenzione impone al venditore ogni eventualità, *meno quella di fortuito e di forza maggiore*; la seconda non dispensa il venditore neppure da questa.

(6) *Recueil de Marseille*, t. XIX, part. I, pag. 137.

Digitize

queste nè in quelle disposizioni che seguono nel presente Titolo, ha voluto crear forme nuove di contrattazioni commerciali nè distruggere le esistenti. *La vendita è subordinata a quella condizione* (così il citato articolo); la vendita cioè *non ha effetto* se la nave designata al luogo designato non arriva. Ciò è sempre vero rispetto al compratore a cui non piaccia prorogare il termine; è sempre vero qualunque sia la specie di vendita pattuita, qualunque siano le azioni che sopravanzano al compratore contro il venditore che non ha voluto o potuto mantenere la sua promessa.

Riepilogando, noi dobbiamo sempre venire ad una di queste tre combinazioni; *a*) La nave non fu designata, o si stipulò una condizione sospensiva? Non arrivando la nave, l'impegno d'ambo le parti si dissolve: il compratore non ha diritto a indennità se non pattuita; *b*) La vendita è definitiva? Oltre la facoltà di recedere dal contratto, il compratore ha l'azione del danno, eccettochè il venditore non provi di essere stato impedito da avvenimenti fortuiti; *c*) La vendita è a *mercato fermo?* Il compratore ha gli stessi diritti, e il venditore non ha altra eccezione fuor quella che la nave per causa qualsiasi, indipendente da sua imprudenza o colpa, è andata perduta col carico.

In tutto questo non vi ha nulla che esorbiti dalle regole della compra-vendita; non si nega alcuno de' suoi requisiti; e mancando la cosa e la facoltà di conseguirla, non si forza il contratto a diventare una vendita. Solamente nel più serio di questi impegni (*contratto fermo*) si statuisce che il venditore può prendere a carico proprio i fortuiti: ecco tutto ciò che vi ha di speciale. Nè in commercio è cosa strana, è anzi delle più frequenti; vi è del giuoco, dell'azzardo, si sfida un poco la fortuna: questa è la vita del commercio: il venditore in quel caso è un vero assicuratore nell'interesse del compratore, e anco nel proprio; poichè se ha accettate tali condizioni, certamente lo ha fatto in vista di un guadagno (1).

Articolo 102.

Se nel corso del viaggio la merce venduta è trasportata per causa di forza maggiore dalla nave designata sopra un'altra nave, il contratto non è annullato, e la nave sulla quale si è fatto il trasporto s'intende sostituita alla nave designata per tutti gli effetti del contratto.

Articolo 103.

Le avarie occorse durante il viaggio risolvono il contratto se le merci sono talmente deteriorate da non poter più servire all'uso cui sono destinate.

In ogni altro caso il compratore deve ricevere le merci nello stato in cui si trovano al loro arrivo, mediante adeguata diminuzione del prezzo.

376. ***Esame dell'articolo in confronto di tre combinazioni contrattuali: 1° che la vendita marittima sia sospesa per condizione casuale e potestativa espressa; 2° se la vendita sia perfetta ma risolubile; 3° se sia contratta sotto la clausola di mercato fermo.***

377. ***L'articolo 103 si prova applicabile anche di fronte a questa terza forma, non ignota nelle vendite terrestri, ma con diverso effetto.***

---

376. Il Codice non è dottrinario; egli afferra una qualche combinazione che gli pare necessario di ben determinare, e scrive un precetto; ma sa bene che quel fatto si collega ad una serie di altri fatti giuridici dominati a loro volta da principii regolatori che sono in dominio della scienza, e si rivelano nella pratica: il Codice li suppone. Uno di tali fatti è quello messo in ipotesi dall'articolo 103. Per intenderne la portata, il valore, bisogna riassumere alquanto della teoria, e premettere alcune distinzioni. È sempre una materia difficile.

La vendita marittima o non è perfetta per-

(1) Talvolta il venditore stesso assume l'ufficio di *speditore* e di *conduttore*, non potendo scusarsi dietro le deviazioni e gli errori altrui, la sua responsabilità è diretta e maggiore, e non si difende se non colla eccezione del fortuito.

chè stipulata sotto una condizione espressamente sospensiva; o è perfetta ma è risolubile; o finalmente è perfetta e non risolubile (1).

Non è perfetta la vendita marittima se il compratore, il commissionario, o altro rappresentante del compratore, proposta dal venditore la consegna della merce viaggiante al *felice arrivo*, si riserva di esaminare personalmente la merce che verrà spedita; la vendita è sospesa per condizione sospensiva-potestativa.

In questo caso se le merci furono danneggiate lungo il cammino (avariate), non è applicabile l'articolo 103. Chi si propose a compratore (tale ancora non era), non è tenuto a ricevere le merci mediocremente avariate: non è tenuto a nulla: può rifiutarle.

L'altra ipotesi è della vendita perfetta, ma risolubile.

Generalmente (salvo che si è detto testè) le vendite che si contrattano da lontano e si effettuano mediante (2) spedizioni marittime, sono di questa specie (3).

La teoria risolve tre combinazioni: 1° che la cosa perisca e si perda durante il viaggio senza colpa del venditore e dei suoi commissionari; 2° che la merce giunga in porto senza alterazione, ma la sua qualità si trovi non conforme alla promessa, diversificante in peggio dal campione; 3° che la merce giunga *avariata*.

Se si avvera la perdita totale, il compratore la sopporta (4); egli deve pagare il prezzo: la presunzione giuridica è che le merci viaggianti siano state spedite in buona condizione e della qualità convenuta (5). Invece se la merce arriva, ma più o meno scompigliata dalle traversie del viaggio e danneggiata, si reclama l'applicazione dell'articolo 103.

Sembra un paradosso; ma si spiega. Le azioni derivanti al compratore da una consegna imperfetta, da una consegna più o meno dannosa in confronto di quella che si doveva attendere in relazione al convenuto, non nascono a lui che quando ha avuto luogo e poteva aver luogo la consegna stessa. Il venditore non risponde del fortuito; e può sempre dire: se non fosse stato quel colpo di mare che mi ha rovesciata la nave, io vi avrei dato i più magnifici scialli cinesi che siansi mai visti. Ma il compratore li ha ora in mano quegli scialli, e li trova sciupati e invendibili; ha diritto di rifiutarli e di sciogliere il contratto. Del resto se fosse anomalia, non si può far forza alla necessità delle cose. La nostra legge e non ha fatto che consacrare una dottrina generalmente insegnata e applicata in commercio; ma nel capoverso ci ha reso un più utile servigio, fermando un punto che versava ancora nel dubbio.

377. Potrebbe disputarsi sull'applicazione dell'articolo 103 rispetto a quelle che abbiamo chiamate vendite *a mercato fermo*.

Non è forse inutile aggiungere (*V.* il nostro n° 375) che cotal modo di contrattare si usa eziandio nelle vendite terrestri. È da notarsi però che nelle vendite terrestri la clausola *a mercato fermo* non ha e non può avere quella influenza sulla determinazione del pericolo, quella influenza dico che spiega rapporto ai viaggi marittimi esposti a tante eventualità. Si richiede adunque rapporto ai viaggi di terra un patto esplicito, nè basterebbe una formola succinta, a cui l'uso generale non attribuisce nell'uno o nell'altro caso la significazione medesima.

Bensì la formola *contratto* o *mercato fermo* opera ad un modo *sul termine*, quando un termine è convenuto (6).

Tornando al nostro soggetto, io dissi potersi dubitare se sotto la potenza della clausola *mercato fermo* sia da applicarsi la disposizione dell'articolo 103, dacchè quel giusto equilibrio che si esige nelle contrattazioni importi che ciò che è assolutamente definito per una parte, lo sia anche per l'altra; e poichè strettissima

(1) È probabile che io ripeta qui qualche teoria enunciata. Ma è necessario: ed uso la maggior parsimonia di parole.

(2) Vedremo un po' più avanti che ciò può affermarsi anche quando la spedizione delle merci ha luogo per via di terra.

(3) E si fanno per lo più su polizze di carico girate.

(4) Stando a lui il pericolo del viaggio, poichè la vendita era perfetta.

(5) Non ho bisogno di citare autorità, perchè i libri ne sono pieni; ci basti per tutte quelle dell'articolo 79. Ma se vuolsi sentire il Pardessus, ei insegna: « La sortie des magasins de vendeur dont le résultat est, comme on l'a vu au « n° 279, *de donner à la chose expédiée une individualité* qui la fait considérer comme l'objet spécialement vendu, *et de charger l'acheteur de tous les risques, ne rend point ce dernier non recevable à réclamer contre la qualité de cette chose* » (n° 283). V. anche il seguito di quel numero.

(6) Délamarre e Poitvin, *Traité commerc.*, t. iv, n° 41. Cogli esempi proposti in casi di vendite marittime, è facile idearne dei simili in ordine a vendite terrestri, ove alla fissazione del termine, che può benissimo bastare quanto la volontà delle parti non ammetta dubbio, si aggiunga per energia di espressione, e sicurezza di eseguimento la prefata clausola.

è al venditore la obbligazione, malgrado ogni evento, del pari egli debba essere liberato da ulteriori responsabilità, e francato da ogni incertezza laddove abbia a rigore adempito al debito proprio. Ma sono ragioni che non persuadono abbastanza.

Noi abbiamo veduto nell'analisi di questo contratto, che la vera e propria operazione del *mercato fermo* percuote il termine: il termine essendo inesorabilmente fisso, porta, quasi per conseguenza, che il venditore deve altresì sostenere i casi fortuiti affinchè niuno ostacolo possa immaginarsi ad alterare la precisione del termine pattuito. Ma ben guardando, tutto questo è addossato al venditore; a lui che, come non impropriamente dissi, fa in certo modo ufficio di assicuratore a profitto del compratore. La gravissima responsabilità che ha voluto imporsi, lungi dal proteggerlo contro le legittime azioni del compratore che riceve sì le merci puntualmente nel dì fissato, ma le riceve inzuppate d'acqua marina e manomesse e guaste, aggiunge una ragione di più per dire, che il venditore è tenuto e deve soggiacere al disposto dell'articolo 103 nell'interesse del compratore. Ed è, che dovendo subire ogni eventualità ed ogni danno che ne consegue, non può esimersi dal rispondere delle avarie che, nella interpretazione a lui più favorevole, si reputano prodotte da eventi di forza maggiore.

Articolo 104.

Il compratore deve proporre l'azione redibitoria per i vizi occulti nel termine stabilito dall'articolo 1505 del Codice civile.

Per le merci spedite all'estero questo termine è accresciuto in ragione delle distanze, secondo il disposto dell'articolo 252 di questo Codice.

La esistenza dei vizi occulti si prova coi mezzi ammessi dalle leggi vigenti nel luogo della destinazione delle merci.

378. *Vizio* assoluto, *generalmente estimabile; vizio* relativo, *misurato al fine che il compratore si propose nell'acquisto.*

379. *Da non confondersi coi vizi occulti, che danno luogo alla redibitoria, la qualità imperfetta o il difetto derivante dalla natura stessa della cosa venduta.*

380. *Del punto onde incomincia il decorso del termine, oggetto di controversia prima delle chiare determinazioni del nostro Codice.*

381. *Il punto è fissato dalla consegna; e si ritiene dalla consegna reale, e non dalla rappresentativa.*

---

378. Questo articolo ha una relazione immediata e necessaria all'articolo 1498 del Codice civile. « Il venditore è tenuto a garantire « la cosa venduta *dai vizi o difetti occulti*, che « la rendono non atta all'uso a cui è destinata, « e ne diminuiscono l'uso in modo che se il « compratore gli avesse conosciuti, o non l'a« vrebbe comprata, o avrebbe offerto un prezzo « minore » (articolo 1498 del Codice civile). È noto che « il venditore non è obbligato pei vizi « apparenti, e che il compratore avrebbe do« vuto da se stesso conoscere » (articolo 1499 del Codice civile). Lasciando agli espositori del Codice civile il trattare questo tema della redibitoria, divenuto assai grave per la estensione formale ed espressa dell'azione alla vendita degl'immobili, ci stringeremo ad alcune proposizioni di qualche rilievo.

In commercio le cose si acquistano per l'uso che se ne può utilmente fare. Il valore di cambio si proporziona, si equilibra al valore di uso, che n'è la causa (1). Secondo l'art. 1498 del

(1) Ciò si direbbe pure delle macchine ed istrumenti applicati alla speculazione scientifica; senonchè il loro meccanismo, la loro costruzione può essere esaminata; e il difetto che vi si scorgesse o vi si potrebbe scorgere, non sarebbe *occulto*. In generale lo scopo scientifico, che riguarda il modo o la ragione dell'uso, non influisce sulla redibitoria: 1° perchè anche quello è un uso, l'uso speciale a cui la cosa è destinata; 2° perchè il valore di cambio è sempre primeggiante in tutto ciò che si compra e si vende in rapporto della stima commerciale: domani io venderò il telescopio che oggi acquisto per esaminare i moti di Urano e di Saturno, e non potrò venderlo quello che dovrebbe valere se l'istromento è vizioso. Così dicasi d'ogni altra cosa, ancorchè l'uso per cui si acquista sembri sottrarla al

Digitized by Google

citato Codice civile, due sorta *di vizi o difetti occulti* sono a considerarsi: quelli che rendono la cosa inetta, inservibile nella estimazione generale e comune; e quelli che la rendono meno atta, meno servibile non oggettivamente tanto, quanto soggettivamente, cioè nelle viste particolari e proprie del compratore. I vizi di questa seconda maniera attribuiscono due azioni distinte: la redibitoria e l'azione *quanti minoris*.

Il vizio è assoluto, tale generalmente estimabile, quando per esso la cosa comprata, un po' più presto o un po' più tardi, è destinata a perire o a non poter rendere che un servigio insignificante in ragione di quello che deve naturalmente. Un armento di buoi o di pecore infette di peste può esserne l'esempio. Per avventura taluno individuo dell'armento è così leggermente infermo che può anche vendersi, non essendo di guarigione disperata. Ciò, come ben si vede, non porta il menomo impedimento all'azione redibitoria, non offrendo un compenso qualunque accettabile.

Sotto il punto di vista soggettivo, la materia si presta di più alla disputa. *Diminuir l'uso:* è la locuzione dell'art. 1490 (1). *Diminuire:* ecco un'idea relativa; ossia una relazione ad una maggiore quantità o perfezione d'uso: il suo termine di confronto è la volontà e l'animo col quale il compratore fece l'acquisto. Indagine psicologica, che per se stessa sfugge al giudizio umano; ma che si rileva dalla ragion del fine, che ha una dimostrazione estrinseca e riconoscibile. La ragione del fine è varia, e dà luogo a un giudizio di fatto. Chi compra cento cavalle sul mercato per rivenderle e farne traffico, ove ne trovi un certo numero infette di morbo occulto le rifiuta; e abbassa il prezzo in proporzione delle giumente sane. Per lui cento, ottanta, o cinquanta, è la stessa cosa, purchè non debba pagarle più di quello che valgano. Un sensale di cavalli nobili acquista una muta di quattro cavalli inglesi per le scuderie del principe O. Non ha voluto comprare tre cavalli, quantunque magnifici, ma quattro; e se uno di essi è guasto da vizio occulto, rigetta tutto il contratto, e ha ragione. Tuttavia una troppo sottile distinzione del fine non si può fare: molto meno potrebbe essere ammesso a disputare sui motivi della compera il venditore che ha dato causa alla risoluzione del contratto. Il compratore ha la scelta o di risolvere il contratto o ridurre il prezzo, facendosi restituire il di più che avesse pagato (articolo 1499 del Codice civile). E intorno a ciò non farò altro discorso (2).

379. Merita particolare ricordo: 1° che non bisogna confondere i vizi latenti col difetto di qualità; 2° che vi hanno vizi o difetti provenienti dalla natura stessa della cosa venduta, e non danno diritto all'esercizio della redibitoria.

La *qualità* è un modo di essere di una cosa che si offre all'estrinseco e si giudica alla vista, al tatto, al gusto, con un esperienza qualunque, dagl'intelligenti. Io giudico tosto se le lane che mi avete spedite sono fine o no; se derivano da una ovvero da un'altra fabbrica. Se la qualità corrisponde, potrò accorgermi più tardi di un vizio nascosto, e valermi dell'azione che mi dà la legge: tanto qualità, come forma apparente della cosa, e vizi occulti, sono fatti diversi.

Se il difetto si sviluppa dalla cosa stessa, siccome conseguenza della sua natura, e anche se vuolsi della sua qualità, non può confondersi coi vizi occulti, danti luogo alla redibitoria. Vi sono delle specie di vini che in certe condizioni, atmosferiche specialmente, rivelano un senso disgustoso che non avevano punto quando furono consegnati, e che realmente non appariva. Posto che il difetto derivi dalla loro qualità, e sotto questo rispetto la causa fosse anteriore alla vendita, indarno però si direbbe un vizio occulto che il venditore era tenuto a manifestare, mentre non può dirsi vizio occulto quello effetto che per arte o per esperienza si doveva conoscere o si poteva prevedere. Infine simile difetto appartiene, e quasi si compenetra, alla qualità della cosa. Se i vini zuccherosi sono soggetti a dar volta più presto, ciò è per la loro qualità.

380. Quanto al termine per proporre l'azione, la legge di commercio si rimette alla civile, e precisamente all'art. 505 del Cod. civ.

Sul cominciamento del termine (ch'era di sei mesi), le leggi romane presentavano una certa antinomia. Papiniano pensò che il termine non potrebbe decorrere che dal giorno della scienza (3). Ulpiano invece *tempus redhibitionis ex*

---

commercio; come le medaglie antiche che si comprano per arricchire un museo. Questo dico nel semplice rapporto dell'uso.

(1) Locuzione preferibile a quella usata dal Codice civile di Parma (articolo 1157)... *che talmente ne diminuiscono il valore che se il compratore gli avesse conosciuti* (i vizi), ecc. Qui non si tratta propriamente di *diminuzione di valore*, ma di utilità d'uso, di maniera dell'uso, come facilmente si scorge.

(2) TROPLONG, v° *Vente*, num. 541 e seg.

(3) « Cum sex menses utiles quibus experiundi

die venditionis currit (Leg. 19 Dig. de ædil. edict.). Gl'interpreti non se ne sgomentarono; se il venditore conosceva la esistenza del vizio e dolosamente ne tacque, in tal caso, benchè la ignoranza del compratore potesse dirsi *supina* (specie di colpa procedente da inerzia), gli si vuole lasciato tutto il comodo per venire in cognizione del vizio occulto, per non dare, io credo, al venditore di mala fede il vantaggio del tempo (1). Dato che fra le conciliazioni proposte questa sia preferibile (del che noi non sappiamo nè dobbiamo eruditamente disputare): si deve convenire che anche l'articolo 1648 del Codice Napoleone era colpito da una specie d'incertezza; faceva dipendere la durata del termine dalla natur a dei vizi producenti la redibizione, dalla consuetucine del luogo ov'era stata fatta la vendita. Generalmente la consuetudine seguiva la tradizione romana dei sei mesi; ma il punto capitale della partenza del termine non era perciò definito, quantunque le consuetudini di Francia, secondo ci assicurano quei dotti, fossero in qualche modo concordi nel ritenere la data del contratto (2). Non sempre però la tradizione della cosa venduta si fa nel momento della vendita; e allora anche i propugnatori di quel sistema non vedevano più la cosa chiara. Come avrebbe potuto il compratore rilevare il vizio se la cosa non era in sua mano, nella supposta ipotesi che la cosa venduta non si fosse consegnata, e fors'anco non dovesse consegnarsi che dopo un termine che poteva esser più lungo di quello concesso ad esercitare l'azione redibitoria? TROPLONG dice con molta semplicità: « Je pense que le délai ne doit courir que du jour de la tradition »; nè spiega più avanti i motivi della sua opinione. DUVERGIER per contrario ci mette in avvertenza, che la vendita è perfetta prima della tradizione; che il pericolo da quel momento pesa al compratore; che i vizi di cui parliamo devono essere anteriori alla vendita; che poco importa se la cosa si trovi presso il venditore o il compratore; se, per esempio, il cavallo che si credeva sano, si scopra affetto di bolsaggine che ha causa anteriore. Egli è vero che potranno intanto scorrere i sei mesi, e il compratore non avvisato non potrà esercitare l'azione: ma dice DUVERGIER, che una risorsa rimane nonostante al compratore, ed è che potrà rifiutare la cosa viziosa, e non sarà costretto a riceverla (*Traité de la vente*, tom. I, nº 405).

381. Per certo questa dottrina è inspirata dai principii della vendita civile, perfetta anche prima della tradizione, secondo il sistema moderno. Si vede da ciò, che quantunque sia la stessa dottrina che Ulpiano insegnò ai suoi tempi, essa era più logica (3): e in sostanza il responso di Ulpiano *a die venditionis* significava *dal giorno della tradizione*. Se questa piccola avvertenza non fosse sfuggita ai giureconsulti della contraria opinione, forse avriano aggiunta la loro autorità alla idea che già cominciava a prevalere. Non vi è altra base razionale al decorrimento del termine prescrittivo, specialmente ridotto così breve (4), fuori della tradizione. Si ritiene che, non essendosi in quello spazio rivelati i vizi interni e non visibili della cosa comprata, malgrado l'attenzione che deve avervi prestata il compratore, e malgrado l'esperienza che deve averne fatta, si possa viver tranquilli per l'avvenire: ma infine il compratore dev'esser padrone del suo tempo (5).

Uno schiarimento è necessario all'art. 1505

« potestas fuit, redhibitoriæ actioni præstatur, non « videbitur potestatem experiundi habuisse, *qui « vitium fugitivi latens ignoravit;* non tamen idcirco « dissolutam ignorantiam emptoris excusari oportebit » (Leg. 55, Dig. ædil. edicto).

(1) « *Loquitur hæc lex quando venditor scivit vitium, redemptor supine ignoravit* », dice la Glossa, parlando della Leg. 55; e continua: *sic dolus præponderat culpæ*. Del resto il termine dei sei mesi, opinato dai giureconsulti, non era di rigore, e poteva modificarsi per qualche giusta causa (Leg. 19, § ult.; Leg. 31, §§ 22, 23; Leg. 38, Dig. de ædil. edicto).

(2) Specialmente in materia di vendite di cavalli (BOURBONNAIS, chap. 22, articolo 87; TROPLONG, vº *Vente*, num. 587.

(3) « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur » (Leg. 20 Cod. de pactis).

Come poi l'azione redibitoria negli esempi proposti, si applicava il più alla compra degli schiavi, se quegl'infelici patissero del vizio lunatico, di pigrizia, di dignità personale oltre quello che facesse bisogno all'uomo-bruto, non si poteva in verità capire dal compratore se non avesse provata e riprovata nel fatto la materia animata ch'egli padroneggiava; senza, insomma, la tradizione.

(4) « L'azione redibitoria. . se si tratta di animali deve proporsi fra i quaranta giorni, e se « d'altri effetti mobili, fra tre mesi *dalla consegna*, « salvo che da usi particolari siano stabiliti maggiori o minori termini » (articolo 1505 del Codice civile).

(5) Seguitano a disputare fra loro i francesi se il termine della prescrizione s'interrompa all'atto col quale viene constatato autorevolmente per mezzo di periti e con regolare processo verbale, il vizio non più occulto; o sia anche d'uopo intentare il giu-

Digitized by Google

(Codice civile). *Tre mesi dalla consegna.* Ma la consegna è anche rappresentativa. L'art. 1465 la distingue dalla *reale.* In commercio la rappresentazione delle merci è continua mediante le lettere di vettura, le polizze di fattura e di carico. Non è quella la consegna di cui parla l'articolo 1305. Dev'essere reale ed effettiva in mano al compratore come in mano al rappresentante di lui, commissionario o mandatario.

Articolo 105.

Se il compratore rifiuta di ricevere le merci provenienti da altra piazza e il venditore o speditore non ha residenza nel luogo, il presidente del Tribunale di commercio od il pretore, sopra ricorso del compratore, può ordinare che il loro stato sia verificato e ne sia fatta la stima da uno o più periti nominati d'uffizio.

Con lo stesso decreto che nomina i periti può essere ordinato il deposito o sequestro delle merci ed il trasporto delle medesime in pubblico magazzino.

Se le merci sono soggette a grave deterioramento, il Tribunale di commercio od il pretore ne può ordinare la vendita per conto di chi spetta, stabilendone le forme e le condizioni.

CORRISPONDENZA LETTERALE E TELEGRAFICA

in relazione all'articolo 92.

382. *Introduzione.*
383. *Analisi del dispaccio telegrafico sotto il punto di vista della prova contrattuale. Esso non è l'atto originale che inchiude la obbligazione del mittente.*
384. *Non è neppure una copia autentica.*
385. *Il dispaccio telegrafico è atto o documento pubblico per quanto concerne la verità del proprio contenuto e del fatto della spedizione.*
386. *Il mittente non è tenuto se non in quanto si è obbligato nell'atto originale; non può esserlo secondo i termini erroneamente enunciati nel dispaccio telegrafico.*
387. *Il destinatario ha diritto di essere indennizzato dal mittente per tutte le dannose conseguenze derivategli dall'erroneo dispaccio da lui in buona fede accettato ed eseguito.*
388. *Corrispondenza per lettere; e delle lettere dei terzi e confidenziali.*
389. *La offerta di vendita o altro contratto fatta ad un assente è revocabile prima dell'accettazione, benchè la offerta stessa sia giunta di già a cognizione dell'altra parte.*
Se la revoca anteriore all'accettazione, ma non arrivata a notizia dell'altra parte prima dell'accettazione, sia di ostacolo alla formazione del contratto.
390. *Soluzione di questa grave controversia.*
La revoca dev'esser formale; cioè constare di espressa volontà contraria notificata al modo di quella che vuol revocarsi: altrimenti la volontà di revocare deve riputarsi imperfetta e inefficace.
391. *L'accettazione incondizionata fatta dall'assente è conchiusiva e perfettiva del contratto prima ancora che sia pervenuta a notizia dell'altra parte.*

---

382. Essendo la corrispondenza il mezzo più comune per combinare fra i commercianti le loro negoziazioni, e presentando la materia qualche estensione e anche qualche difficoltà, non potei trattarla al luogo indicato, e ne feci un rinvio a questa specie di dissertazione,

---

dizio. La giurisprudenza non si è pronunciata molto fermamente: si cita però qualche decisione della Corte suprema, favorevole alle minori incomodità del compratore. Credo però che le consuetudini la intendano diversamente: un antico decreto del parlamento di Rouen del 30 gennaio 1728 dichiarò che *le azioni pei vizi* dei cavalli dovevano intentarsi nel termine di trenta giorni; altrimenti sarebbero irrecevibili. Il nostro articolo 1505 tronca ogni questione — *l'azione redibitoria deve proporsi dal venditore,* ecc.

Digitized by Google

che pure voglio tenere nei più ristretti termini possibili. Il più prodigioso dei mezzi di comunicazione, il telegrafo, che niun legislatore ha saputo prevenire, e di cui niun legislatore ha voluto occuparsi dopo la sua sorprendente apparizione, richiama l'attenzione del giureconsulto intorno a quella che il bello ingegno del nostro BOSELLINI chiamava *la sua natura giuridica*. Fortunatamente un abile costruttore mi ha preparata la strada, e io non ho che a seguire le luminose sue orme. Si dev'esser riconoscenti all'illustre professore di Bologna, sig. FILIPPO SERAFINI, che ha trattato questo argomento più compiutamente che altri non facesse prima di lui (1). La novità del soggetto; le notizie bibliografiche porteci dall'autore, dotto in ispecial modo della letteratura tedesca; il puro e schietto amore della scienza che vi respira; la bontà dei giudizi che vi sono modestamente enunciati, rendono interessante il suo libro; e dato che si possa non dividere qualche sua opinione, si è sempre obbligati a chi vi propone e formola chiaramente, si può dire per la prima volta, le non lievi questioni.

383. Il telegrafo nella propria funzione non è che una delle forme della corrispondenza; utile a tanti usi della vita civile, è il più cospicuo, il più potente istrumento delle transazioni commerciali. Come istrumento e fattore di prova giuridica, vuol essere esaminato indipendentemente dagli altri mezzi conosciuti e per se stesso; mentre considerato genericamente come un modo di corrispondenza in ordine all'oggetto, è regolato in gran parte dalla teoria comune dei contratti che si fanno fra assenti per via di comunicazione letterale. Dico in gran parte, imperocchè la qualità del mezzo può anche influire nella sostanza delle convenzioni, segnando una nuova linea di condotta all'azione reciproca delle parti (2).

Dato che il telegramma non è soltanto un veicolo di notizie più o meno importanti, ma un'obbligazione giuridica, sommamente rileva il conoscere qual grado di fede si debba ad esso prestare, messo a riscontro coi principii che governano il sistema delle prove. La fede che il documento inspira è nello stesso tempo la misura dell'obbligazione di chi n'è l'autore e la guarentigia di colui che vi corrisponde; fuori dei quali rapporti non potrebbe concepirsi l'attitudine del telegramma a supplire la corrispondenza ordinaria coll'inestimabile vantaggio della celerità. Ma il telegrafo non è stato creato, bisogna notarlo, coll'indirizzo di un'istituzione giuridica; si è rilevato che fra le più preziose sue qualità vi ha quella di potere anche fornire elementi giuridici alle contrattazioni, ma infine non si può pretender oltre quello che il mezzo stesso può dare. Si ricerca dunque se il telegramma sia un documento originale o una copia autentica. E il prof. SERAFINI risponde: « Il telegramma non « solo non è l'originale, ma nemmanco copia « dell'originale, molto meno poi copia autentica » (pag. 85) (3).

E come può essere l'originale, se il telegramma non porta la firma autografa del mittente? Non è copia autentica dell'originale, perchè l'impiegato telegrafico, per quanto abbia avuto di buona volontà per tradurre fedelmente la minuta del dispaccio, non ha egli stesso qualità autentica per farne fede; perchè, passando per le stazioni intermedie, altri impiegati hanno fatto la traduzione della traduzione senza, neppur volendo, dichiararla conforme all'originale che non hanno veduto. La parola *originale* fa confusione nella mente di quei dotti professori tedeschi: bisognerebbe trovare un'altra parola. Originale suolsi intendere il documento d'origine dal quale si traggono delle copie che non hanno che un valore di relazione, ossia in quanto si conformino a quello (4). Non è il telegramma che si estrinseca dalla persona del mittente: non è quella la parola con cui esso si esprime: il telegramma è il lavoro del telegrafista. *Originale* adunque non sarebbe mai, poichè la sua posteriorità e il suo carattere derivativo è del tutto evidente e innegabile. Ma io vedo che la parola *originale* si adopera nel senso che il solo documento viaggiante, il solo che si comunica al corrispondente, è il telegramma; da questo soltanto egli apprende le intenzioni del mittente, a questo accomoda la propria regola di condotta. Veramente cotali riflessi possono influire nella questione ben grave della buona fede del destinatario; ma intanto i fatti bisogna accettarli come sono.

384. Ma il telegramma non sarebbe almeno una *copia autentica*, non avrebbe il valore di una copia autentica come quella che si forma

(1) *Il Telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale* (Pavia, tip. Fusi, 1862).

(2) Questo concetto verrà in luce più avanti.

(3) Checchè ne dicessero i profess. STUBENRAUCH e FUCHS, confutati da SERAFINI.

(4) Non è altrimenti del quadro originale, che esce dalla mano dell'autore, intorno al quale, in proporzione al merito, si accumula un nuvolo di copiatori.

per mano di un impiegato del governo, che ha le istruzioni necessarie, e deve ritenersi dotto del meccanismo ch'egli adopera per professione in guisa da non potersi presumere l'errore, e quindi il telegramma presentare quella fede di conformità alla minuta originale che offrono le copie rilasciate da pubblici ufficiali?

È in questo aspetto, io credo, che la questione assume la sua maggiore importanza; ed ecco l'argomento che se ne potrebbe condurre in giudizio. Dato che il telegramma si dovesse considerare quale copia autentica, ne verrebbe che il destinatario sarebbe in diritto di aggiustarvi piena fede e di agire in conseguenza. Quindi per ragione giuridica, l'errore del telegrafista dovrebbe cadere a danno del mittente (salvo ricorso); come l'errore della copia autentica che avesse tratto in inganno un terzo, starebbe a carico di colui che gliel'ha consegnata quale documento proprio, e che ha servito di base ad un contratto, salvo ricorso contro il notaio. Non si mancherà di avvalorare l'argomento osservando che così richiede l'interesse del commercio o la buona fede dei negozi; altrimenti nessuno vorrà prestar fede ai telegrammi, e gli affari verranno oscillando in una perpetua incertezza. Malgrado tutto ciò che vi ha di specioso in tale ragionamento, io esporrò più avanti alcune avvertenze che lo ridurranno al suo vero valore.

Ricordo ciò che notai di sopra, che *la telegrafia non è una istituzione giuridica*. Il suo scopo è, per dir così, di mettere in relazione tutto il mondo, sopprimendo le distanze. Come serve a tutto, così può anche servire a intrecciare delle convenzioni; ma non era nel suo istituto di sistemare i mezzi onde le convenzioni fossero legalmente costituite, come farebbe un Codice di leggi. Questo già risponde a molte obbiezioni. Il telegrafista, considerato come ufficiale dell'amministrazione dei telegrafi istruito dal governo, ha una funzione pubblica, e fino a qual punto, lo diremo più avanti; ma non gli è mai stata attribuita quella di autenticare le copie ch'egli trasmette sulle ali del telegrafo. Per questo mancherebbe di qualità legale. L'oggetto, l'interesse che ha quella copia per essere ritenuta autentica, non è il criterio per deciderne; non fa insomma che sia autentica se non la è.

385. Adunque il telegramma non è un *documento pubblico?* È questa la conclusione che si raccoglie dalle prefate osservazioni? A tale domanda, la migliore risposta, io credo, è quella che è stata data dal chiarissimo nostro AMBROSOLI: « Nella premessa questione, egli « dice, noi siamo di parere essere il dispaccio « telegrafico bensì un documento pubblico, ma « provar esso unicamente il fatto che all'uffi- « zio del telegrafo sia pervenuta da altra sta- « zione (1) una comunicazione telegrafica i cui « segni vennero interpretati dall'ufficio rice- « vente nel modo espresso dal dispaccio. Se « poi l'ufficio mittente abbia spedito ciò che « gli era stato esposto nella minuta originale; « se questo provenga immediatamente da chi « si è firmato, e finalmente se il fatto in esso « esposto sia vero, son cose del quale il di- « spaccio telegrafico non ha prova alcuna » (2). Io convengo in tutto questo; e dico che il dispaccio telegrafico è un atto pubblico (3), e il telegrafista un pubblico ufficiale. Atto o documento pubblico è quello al quale si deve credere da tutti (*fa piena prova*). Ma ciò s'intende *in quanto opera*, e *non oltre la operazione naturale e sua propria*. Il dispaccio telegrafico fa fede della verità materiale del suo contenuto e della sua spedizione dall'ufficio A all'ufficio B, delle date di partenza ed arrivo: ecco tutto. Niuno potrebbe negare la verità materiale del dispaccio senza proporre querela di falso: così si ha la riprova della sua autenticità nei limiti sopraddetti. Sotto questo aspetto io accordo al telegrafista, in quanto operatore, un'autorità superiore a quella del testimonio, e lo metto precisamente fuori del campo della discussione, come il notaio rapporto agli atti di suo ufficio (4). Se alcuno impugnasse la verità materiale del dispaccio, la parte a cui interessa di sostenerlo proverà con certificato d'ufficio la formazione, la spedizione del dispaccio, l'arrivo se occorre; così sarà anche giustificata per implicito o per espresso la qualità legittima di chi si è incaricato della redazione o della spedizione.

Aggiungiamo qualche altra parola per stabilire fermamente questa posizione di cose.

---

(1) O direttamente da un mittente qualunque.

(2) Nota al capitolo XLIX sulla *Teoria della prova*, opera celebre di MITTERMAIER, tradotta dallo stesso signor comm. Filippo Ambrosoli, con note, Milano, 1858.

(3) *Atto* direi meglio che *documento*, serbando al documento la sua significanza di *docere in judicio* per proprio indirizzo. Ma in via di discorso comune, la espressione non è impropria.

(4) Provato che il B. G., che sottoscrive Notaio sulla copia autentica, è veramente un pubblico notaio, l'atto è vero, e tale si reputa sino alla iscrizione in senso.

Digitized by Google

Personalmente, il telegrafista che spedisce il dispaccio, non è che un organo dell'ufficio telegrafico al quale appartiene, e meno le sue colpe personali, si confonde coll'ufficio stesso; i suoi errori si pagano dall'ufficio (1). Ora noi ci poniamo in faccia ad una controversia giudiziale che sorge sopra pretesi errori sfuggiti nella versione prima della minuta originale o nelle versioni ulteriori, onde soglion derivare purtroppo sconci gravissimi. Che resta allora fuorchè riscontrare la minuta originale col dispaccio spedito mediante periti ove occorra; e accertata la fedeltà della versione, che manca onde il mittente non debba essere giudicato a norma del documento, firmato di sua mano, e depositato nell'ufficio telegrafico?

Potrà sollevarsi in seguito un'altra questione, estranea però alla presente ricerca. Che valore avrà in giudizio il dispaccio originale? Quello stesso che avrebbe se in luogo di essere stato presentato ad un ufficio telegrafico fosse stato consegnato alla persona del corrispondente o del suo rappresentante, o inviatogli in forma di lettera per la posta (2).

386. Queste nozioni elementari della operazione telegrafica in relazione all'atto originale, firmato dal mittente, e che inchiude la precisa di lui obbligazione, deve aprire la via per risolvere la rilevantissima questione *se il mittente sia obbligato da dispaccio spedito al corrispondente in termini diversi da quelli risultanti dall'atto originale.* Riferisco la dottrina del prof. SERAFINI: « Se il telegramma « non corrisponde alla minuta originale, questa soltanto è autentica; quella niente prova « contro il mittente. Il mittente non è responsabile che del dispaccio originale (3); della « esattezza nella decifrazione e nella copiatura non istà garante nè poco nè punto. Il « che vale non solo allora che l'alterazione del « dispaccio risguardi alcuna cosa essenziale « (dove, come sopra venne dimostrato, non si « verrebbe nemmanco a stabilire contratto), « ma eziandio nel caso che siano falsificati (4) « punti affatto accessorii, chiaro essendo che « egli ad ogni modo è autore di quanto sta « nell'originale e nulla più: rispetto ai punti « alterati, essenziali o accessorii che siano, ei « c'entra per niente. Per conseguenza se un « dispaccio falso o alterato produce danni a « un terzo, questi non può di regola agire « contro il mittente (5), ma tutt'al più contro « la direzione telegrafica o contro i telegrafisti » (pag. 151).

Io richiamo la formola ora tracciata, e che mi sembra esatta, e la spiego. Il mittente *A.* ha inteso di proporre un contratto di compra, e lo ha dichiarato nella sua minuta sottoscritta; il dispaccio telegrafico contiene un errore tale, che invece di una compra propone una vendita (6). Il corrispondente accetta, e scoperto l'errore, insiste perchè il contratto abbia il suo effetto. È protetto dal diritto in questa sua pretesa? No. Il sig. *A.* non ha mai dato il suo consenso per vendere: egli voleva comprare. Come mai ci sarebbe vendita se le due parti non si trovarono mai d'accordo sul punto più essenziale? Ma facciamo un caso più ovvio. Si è errato nella cifra del prezzo. L'atto originale dice vendo per 500; il dispaccio porta 300: per la stessa ragione il corrispondente non potrà sostenere che il contratto è stabilito al prezzo di 300, perchè il venditore non ha mai consentito di vendere per questa somma (7).

Sino a questo punto la cosa mi pare della maggior evidenza. È impossibile trovare la sede del consenso del mittente in altro atto fuorchè nel suo proprio originale. I fatti dell'amministrazione telegrafica sono alieni; egli non vi ebbe parte; il lavoro della comunicazione non gli appartiene: noi lo abbiamo superiormente dimostrato. E vado sino a dire che se la copia telegrafaria volesse mai rite-

(1) Gl'impiegati a loro vòlta dovranno risponderne all'amministrazione.

(2) Non però quanto al diritto di ritrattare e rivocare il proprio assenso, intendiamoci: del che abbiamo a discorrere più avanti.

(3) Mi si perdoni, non so se sia esattissimo il dire *dispaccio originale* anzichè atto originale, minuta, ecc. Propriamente il *dispaccio* è l'atto che si trasmette da un luogo ad un altro; vero è però che l'uso legittima molte locuzioni di questo genere.

(4) S'intende alterati, svisati, anche senz'animo e fine doloso.

(5) Vedi appresso.

(6) L'esempio è storico: è la celebre questione nata fra la ditta Oppenheim e Weiller di Francfort sul Meno; commissionario. Il dispaccio scriveva *vendete* cento azioni del credito austriaco sino a fiorini centodiecimila, ecc., laddove la minuta originale portava *comprate.*

Avverto che io cito un esempio qualunque, e che essendo questa *una commissione*, non è precisamente quello che fa al caso mio, come vengo a dire più avanti.

(7) Quello che si dice del contratto non esistente per difetto di fondamentale consenso, dicesi eziandio se fu errato senso la trasmissione; se invece che a Caio il dispaccio fu diretto a Sempronio, o diretto al primo fu recapitato al secondo.

Digitized by Google

nersi autentica, non ne verrebbe un diverso risultato. Se un notaio rilascia una copia falsa, la copia da lui sottoscritta è tuttavia autentica, benchè falsa, e merita fede finchè la falsità non sia coi mezzi legali stabilita. Con tutto questo il consenso della parte contraente non si potrà mai desumere che dall'atto originale: il contratto non varierebbe nei suoi termini in virtù dell'alterazione, anche non dolosa, insinuatasi nella copia.

Si deve concludere che il mittente non può mai esser obbligato ad osservare il contratto nei termini erroneamente espressi nel dispaccio telegrafico, ossia quel falso contratto.

387. Ma sorge un'altra questione: *se il destinatario abbia diritto di essere indennizzato dal mittente per tutte le dannose conseguenze derivategli dall'erroneo dispaccio da lui in buona fede accettato ed eseguito* (1).

Bisogna distinguere fra quei contratti che di loro natura sono eseguibili senza ulteriore comunicazione; e quelli che diremo imperfetti, e quindi non eseguibili senza il fatto dell'accettazione espressa, come quei contratti nei quali le parti si prestano un mutuo corrispettivo, ad esempio nelle compre-vendite. Se l'accettazione espressa e notificata sia necessaria (del che parleremo più avanti), i fatti di prematura e improvida esecuzione non produrrebbero diritto alcuno d'indennità al destinatario. La pronta risposta avrebbe provocata una replica non meno pronta del suo corrispondente, che lo avrebbe ammonito della erroneità del dispaccio ad evitare le disastrose conseguenze di un equivoco.

Ma quando si tratta di contratti immediatamente eseguibili come quelli di commissione, improntati quasi sempre del carattere di urgenza, e nei quali, secondo l'uso generale del commercio, non si dà conto al corrispondente se non della più alacre e premurosa esecuzione, io sono convinto che l'errore del dispaccio non può cadere che a danno del mittente.

Si dirà che non esiste il contratto di commissione, perchè in sostanza se io ho ordinata la compra di 100 azioni al prezzo di 50 lire per ogni azione, e il dispaccio porta il prezzo di 60, io non ho prestato il mio consenso se non che per 50: e siccome questo era veramente l'essenziale, io non ho data la commissione che si pretende. Ciò è ben giusto, e io ne convengo (2). Ma qui non si tratta più di sapere se un contratto bilaterale sia valido; se il mittente sia tenuto ad eseguirlo; ma invece se io debbo risarcire il danno che ho prodotto al mio corrispondente per averlo posto in una condizione per lui inevitabile, e si può dire necessaria, mediante un avviso al quale egli doveva prestare intera fede. Badate bene che se mai si venisse in sentenza contraria, il contratto di commissione, specialmente a remote distanze, non è più possibile. Se diffondiamo la idea che il dispaccio telegrafico non merita fede, che il commissionario non sarà tranquillo se non riscrivendo al committente per averne la conferma, addio commissioni urgenti, e tutto il commercio si paralizza. Se il commissionario, per accertarsi, manda un dispaccio e ne riceve un secondo, non ci sarà ragione per credere al secondo più che al primo. Come io già dissi, e ripeto ogni volta che l'occasione mi si presenta, in commercio noi camminiamo con principii inspirati piuttosto del senso della buona fede generale che dai rigori del diritto civile. Essendo i dispacci telegrafici divenuti istrumenti attivissimi e comunissimi in commercio, il fondo della questione, in linea di danno arrecato per falso avviso, sta qui: quale sia la credibilità del dispaccio telegrafico nella comune opinione dei commercianti.

Il mittente è il primo a credere nell'attitudine del mezzo telegrafico per trasmettere ad altri il proprio pensiero. S'egli stesso vi crede e vi si abbandona, non potrà rimproverare al corrispondente di aver creduto nel dispaccio che gli ha fatto trasmettere. Che qualche pericolo vi possa essere di meno esatta comunicazione, egli stesso lo sa, il mittente; ma si affida a questo mezzo con quella persuasione che abbiamo di arrivare sani e salvi mettendoci in un vagone che potrà anche balzare dalla rotaia e mandarci a capo fitto. E dev'esser così, poichè se ogni rischio ci arrestasse per lo sgo-

(1) Se il telegramma inviato al sig. *B.* dice — pagate subito al sig. *C.* la somma di lire diecimila, e addebitatemi in conto corrente — e *B.* paga, ma si rileva errore nel dispaccio; mentre il mittente aveva scritto nel suo originale un altro nome, quello del signor *D.* Se scoperto l'errore, il corrispondente non può ritirare la somma, perchè *C.* è fuggito in istato di fallimento egli risente un danno di diecimila lire per aver prestato fede al dispaccio.

Se io da Milano scrivo al commissionario *F.* di Vienna — comprate stoffe di seta della tal qualità sino a 800, e si scopre che l'atto originale diceva 500 — il commissionario rimane in danno di quanto ha speso oltre quello ch'era nella intenzione del committente e non può ricuperare.

(2) Contro quello che malamente disse il signor Besarel, confutato dal prof. Serafini.

mento, sarebbe immobilizzato il mondo. Poteva scrivere una lettera, servendosi della posta, e andar piano per andar sano, giusta il proverbio; ma la lettera non risponde al bisogno della celerità; e il mittente telegrafico non è a tacciare d'imprudenza, perchè infine cotali errori, bisogna dirlo a lode delle amministrazioni, sono rarissimi; e la esperienza li rende ogni giorno meno probabili. Ma che importa tutto ciò? Chi sa di correre un rischio, qualunque sia, non è forse quegli che l'assume? Perchè dovrà egli farlo cadere sul suo corrispondente?

Tanto più il rischio dell'errore dev'esser portato dal mittente, quanto per l'articolo 20 del Regolamento del 17 aprile 1859, esteso indi a tutto il regno coll'altro R. Decreto del 7 febbraio 1861: « il mittente potrà richiedere che il dispaccio venga collazionato, cioè ripetuto per intero dalla stazione destinataria: questo collazionamento verrà tassato come il dispaccio stesso ».

Si è risposto che questo eccesso di diligenza non si vede usato dai commercianti più abili e destri; che essendo veramente eccesso, non è imputabile al mittente lo avere usata la diligenza ordinaria (1). Convenuto. Il mittente non è imputabile, e niuno è per imputare a colpa sua l'errore del telegrafista. Noi anzi vogliamo per un momento considerare l'errore del telegrafista come un caso fortuito, imputabile a nessuno, e quasi effetto meccanico: non ne verrebbe una diversa conseguenza.

Si dice doversi prestar fede all'abilità, alla precisione del ministero telegrafico; e questo giusto riflesso conferma quello che io già dissi; il corrispondente non essere dal canto suo affatto imputabile; avere agito regolarmente sulla fede del dispaccio, che per indizio alcuno non poteva aver in sospetto: che se al mittente non può farsi carico di non avere adoperata la straordinaria cautela della collazione, meno ancora può farsene carico al corrispondente, sia perchè può anche credere che il diligente suo amico non l'abbia pretermessa, sia perchè non si usa, e sarebbe quasi sempre impossibile, nella urgenza degli affari, il procurarsi dall'ufficio di spedizione un simile certificato (2).

Qualche giureconsulto ha creduto di vedere nel mittente *un mandante*, e nell'amministrazione telegrafica il mandatario che s'incarica della commissione di trasmettere una notizia ad un terzo e ne riporta una diversa da quella per cui è stato incaricato: il mandante, si dice, è responsabile di avere scelto un cattivo mandatario. L'argomento è confutato egregiamente dal prof. Serafini, che considera invece nel fatto dell'amministrazione telegrafica una prestazione d'opera (pag. 150), e io mi associo alle sue ragioni senz'altro aggiungere (3).

---

388. I fattori *della corrispondenza* sono le lettere e i telegrammi che si scambiano i commercianti fra loro; e devono conservare in originale e copie, secondo il precetto dell'articolo 16.

Non si è finito ancora di disputare se noi possiamo di nostro arbitrio usare in giudizio delle lettere di *terzi* senza il permesso di chi le ha inviate. Ma prima di tutto bisogna sapere che s'intenda per *terzi* che scrivono delle lettere a un commerciante; nè si potrà credere essere un terzo se non colui che, estraneo ad un affare, vi s'intromette per una ragione qualunque: rispetto al giudizio, è terzo colui che non ne fa parte, e le di cui lettere nonostante si ha interesse o si crede di dover produrre.

Per quanto riguarda il commercio, la legge non distingue: « Deve conservare, dice l'articolo 16, le lettere e i telegrammi che riceve ». E s'intende *tutte le lettere* relative al suo commercio. Può domandarsi se sia obbligato, o meglio, autorizzato a registrare le *lettere con-*

---

(1) Se l'atto originale fosse male scritto e facile ad esser frainteso, certo allora il mittente non avrebbe neppure adoperata la comune diligenza: e qui siamo tutti d'accordo.

(2) Il prof. Serafini, dal quale sono costretto a dividermi in questo corso d'idee, combatte con ragione la nuova teoria d'Jhering, da lui rivelataci nei suoi studi germanici che coltiva con tanto successo (pag. 146), e che io gl'invidio. La teoria del prof. Jhering è basata sul principio *dell'obbligo della diligenza* negli atti contrattuali che noi eseguiamo *per altrui mezzo*. Egli crede che il mittente sia responsabile del fatto del telegrafista, *per esser in certo modo in colpa* di avere scelto questo mezzo pericoloso. Il mittente non è in colpa, ed è ciò che il Serafini ottimamente dimostra. Io dico solo che il mittente assume il rischio ch'egli doveva prevedere.

(3) Della responsabilità dell'Amministrazione telegrafica, quale locatore di opera e intraprenditore di pubblici trasporti, rapporto agli errori dei suoi impiegati e dipendenti dei servigi telegrafici, tratta largamente e dottamente il prof. Serafini nella sezione III del capo VIII: ed a quello rimandiamo il lettore per non diffonderci troppo su questo argomento, benchè di tanto interesse.

by Google

fidenziali (1), dacchè la registrazione nei libri di commercio può quasi paragonarsi ad una pubblicazione. Io credo bastare che la lettera tratti od abbia rapporto ad affari di commercio perchè il commerciante debba aggiungerla al volume della sua corrispondenza. Qualche volta conterrà informazioni delicate, segrete, se vuolsi, di questa o di quella persona che è in commercio; e di cui si chiesero notizie. Ma non è veramente una lettera confidenziale nel senso della proibizione. *Confidenziale* si dice la lettera rispetto all'interesse che ha lo scrivente che si mantenga il segreto: vero è che un giusto riguardo della sua posizione potrà fargli desiderare che si tengano occulte le notizie da lui date, e ch'egli confida riservatamente all'amicizia. Che se la lettera, senza occuparsi d'affari, non contiene che simili informazioni personali, ovvero non riguarda che la persona stessa dello scrivente, o suoi particolari affari, io credo doversi moralmente, e potersi, senza offesa della legge, non conservare, o conservare separatamente dal deposito commerciale.

Le lettere a noi non dirette, ma dirette ad altri, non fanno parte della nostra corrispondenza, benchè per una combinazione qualunque si trovino in nostra mano. E queste sono, a rigor di parola, *lettere di terzi*. Non si devono portare nel régistro delle lettere; ma si potranno anche produrre in giudizio col consenso del loro direttario; esse avranno quel valore che è conforme alle regole di diritto: ma non sono quei documenti *della corrispondenza* ai quali accenna l'articolo 92.

389. Il contratto bilaterale si crea al momento in cui il consenso delle parti s'incontra *in idem placitum:* fra presenti, uno parla e l'altro risponde: e *utroque loquente conficitur stipulatio.* L'intervallo fra la domanda e la risposta, se protratta oltre il bisogno, vizia la stipulazione, poichè il proponente può intanto pentirsi e cangiar pensiero (Leg. 1 Dig. de verb. obl.). Fra assenti non può concepirsi il contratto verbale (2), non potendo suonare contemporanea la proposta e la risposta sulle labbra dei contraenti; la convenzione ha sempre il suo fondamento in una proposta scritta; benchè l'accettazione possa in più maniere manifestarsi, come dirò più avanti; l'intervallo fra la proposta e la risposta, vizioso nei contratti verbali fra presenti, è nella necessità delle cose fra assenti; il proponente è definitivamente impegnato dall'accettazione del suo corrispondente: tutto questo è elementare e non disputabile.

Lo spazio di tempo che intercede fra la proposizione e l'accettazione è libero per me proponente. Se prima dell'accettazione io non ho legalmente e validamente revocata la mia proposta (3), la persistenza nella mia prima volontà porta, per così dire, la mia volontà stessa in presenza di quella del mio corrispondente, e con essa si congiunge al momento dell'accettazione: ecco il contratto (4).

Sino alla vostra accettazione, io diceva, rimango libero: posso revocare la mia proposta; ritirare la lettera che ho impostata, scriverne un'altra; mandare un telegramma contrario al primo, e disdire il consenso che ho dato.

Qui cominciano le questioni che si vengono poi intrecciando su questo soggetto; questioni che fanno credere di esser assai gravi, perchè hanno avuto l'onore di dividere il campo della dottrina (5), quantunque a me non sembrino così gravi: vero è però che ogni scrittore ha usata questa frase.

Che il mio consenso sia revocabile finchè non è pervenuta la mia lettera al corrispondente, ossia finchè egli ignora la mia volontà, si comprende (6); ma quando il mio corrispondente ha ricevuto e letto il mio scritto, ed ha conosciuta la mia volontà, sono io legato dalla mia promessa soltanto perchè il mio corrispondente ha imparato che io ho fatta una promessa? Se un'ora dopo, mentr'egli o ha di-

(1) Delle quali dissero i sig. DELAMARRE e POITVIN: « Si le tiers n'a pas comuniqué la lettre ou s'il déclare ne pas l'avoir confiée pour qu'on en fit usage en justice, confidentielle ou non, s'il la demande, elle doit lui être rendue, parcequ'au premier cas il y a violation de propriété; dans le second, violation de dépôt » (*Contr. de comm.*, tom. I, n° 262, ecc.; Cassazione francese, 4 aprile 1814).

(2) « Inter absentes contrahi potest, et per nuncium et per epistolam » (Fram. 1 de contr. empt.).

(3) Di questo darò spiegazione al num. 390.

(4) « Licet mittens epistolam consentiat tempore quo mittit; *tamen consentit tempore quo epistola pervenit ad eum cui mittitur quia durat primus consensus* » (BALDO).

(5) Questa materia è stata mirabilmente trattata dal prof. SERAFINI; egli ci ha schierati sott'occhio i campioni delle due opinioni, che sono i luminari della giurisprudenza d'ogni tempo e d'ogni luogo (*Il telegrafo*, ecc., pag. 31 e 32).

(6) « Quid si *antequam literæ vel nuntius ad eum perveniant venditor renuntiat?* Quidam dicunt non valere contractum, alii dicunt valere: QUOD EGO PUTO VERUM » (Glossa ad Leg. 1 Dig. de contrah. empt.). Ed io no.

Digitized by Google

menticato pel momento la proposta, o ci sta pensando, gli arriva un telegramma di revoca, potrà egli voler persistere nel contratto, e voler comprare ciò che io non voglio più vendere? Il quesito non mi par molto serio.

Più notevole è l'altro di sapere, se la revoca, che supponiamo già emessa dal proponente, annulli la proposta e renda inefficace e come non avvenuta l'accettazione manifestata dal corrispondente prima di aver avuto notizia della revoca.

Pardessus risponde in questo modo (1): « Paul, qui au reçu de la première lettre, *ignorant le changement de volonté ou d'état* (2) de « Pierre, a fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, *ne pourra en exiger la exécution. Il ne sera point intervenu de contrat;* « car la volonté de Pierre ne subsistait plus « *au moment où a reçu sa lettre* (3) *et accepté* « *la proposition qu'elle contenait* » (nº 219) (4).

390. Il buon senso, che sta nel fondo di ogni conclusione giuridica, come la testimonianza della coscienza comune, si solleva e dice che questo sistema è ingiusto; in effetto porterebbe il disordine e la confusione nel commercio, e inconvenienti e danni ben maggiori di quello che si crede. *A.*, banchiere di Genova, scrive lettera a *B.*, suo corrispondente di Anversa: se voi accettate, io pongo a vostra disposizione le 200 azioni della società *X.* di mia proprietà, depositate nel vostro banco, al prezzo di lire sterline 30 per ogni azione, pagamento immediato alla ditta *S. T.* di Anversa. *B.* risponde per telegrafo: = Accettato, e pagate alla ditta *S. T.* sterline..... prezzo delle azioni secondo la vostra missiva del giorno..... (5). Non basta. Il banchiere *B.* ha rivenduto immediatamente le 200 azioni alla casa *C. D.* di Amsterdam, e questa alla casa *E. F.* di Pietroburgo nello stesso giorno.

Frattanto *A.* si era pentito. Appena spedita la prima lettera ne imposta una seconda, disdice il consenso, revoca la proposta. È certo ch'egli ha scritta la lettera prima che *B.* facesse tutte quelle operazioni; lo prova il timbro postale; ma essa ha dovuto arrivare un giorno dopo, e questo ha bastato perchè, relativamente alle dette operazioni, giungesse troppo tardi.

Capite voi questo stato di cose? Altro che la previdenza di Pardessus e della sua scuola! « Seulement si Paul avait fait *quelque préparatif d'expédition*, sans qu'on pût l'accuser « de mauvaise foi, l'auteur de la proposition « serait tenu de l'indemniser ». Ma se il corrispondente pretendesse mai qualcosa di più, di essere per esempio indennizzato dei danni cagionatigli dall'inaspettato cangiamento, non dev'essere ascoltato — perchè doveva *s'attendre à la possibilité que le consentement n'intervient plus!* In buoni termini, mi sembra una contraddizione.

Intanto cosa direbbe il buon senso, quale sarebbe l'opinione commerciale nella ipotesi che io vengo dal proporre, che è ad un tempo delle più facili e comuni? Qual tribunale avrebbe il coraggio di annullare tutte quelle operazioni fatte su tali appoggi e con tanta buona fede dal banchiere d'Anversa per fargli ricadere sul capo un subbisso di responsabilità, mentre chi sa in quante altre mani sono passati quei titoli nel momento in cui noi parliamo?

Una volta che si dovesse accogliere nel Codice di commercio una legge per definire questo rapporto giuridico, si seguirebbe, come sempre, l'opinione commerciale. Quando un commerciante ha fatto una promessa, deve anche saperla mantenere; quegli a cui è fatta, deve crederla cosa seria; e il primo non può intendersi fuori di contratto se non quando sia passato il tempo congruo alla risposta (7), e il secondo che accetta puramente e semplicemente, deve poter contare su contratto conchiuso, senza temere una revoca postuma; chè tale è sempre per lui quella che arriva dopo l'accettazione.

---

(1) Qui tanto è citarne uno che dieci che pensano come lui. Voglio solo indicare come si formoli la risposta da uno degli scrittori più accurati. È pure l'avviso di Merlin (vº *Vente*, § 1, art. 111).

(2) Ciò è ben diverso, mancato essendo il soggetto giuridico della obbligazione.

(3) Questo discorso farebbe supporre che Pardessus divida la opinione di quelli che credono non essere più in facoltà del proponente la revoca dal punto che la proposta fu nota al corrispondente. Senonchè egli fa tosto passaggio all'accettazione, quasi contemporanea al ricevimento della lettera; e con ciò ammette la più ampia facoltà di revocare.

(4) Ove però il destinatario avesse fatto in buona fede delle spese, gli si rimborsano per equità, si direbbe quasi per grazia; ma noi siamo già fuori del tema di diritto.

(5) Accortamente io esemplifico un contratto di vendita e non di *commissione*, rapporto al quale i nostri avversari ci sono indulgenti di una limitazione.

(7) L'uso commerciale assegna questo tempo, salvo il buono apprezzamento del giudice (Serafini, pag. 73).

Digitized by Google

Ma bisogna risponder all'obbiezione, che consiste principalmente in questo nucleo: che non avendo più esistenza giuridica la volontà di una delle parti (del venditore), il contratto non è più possibile; l'accettazione di una proposta già revocata è inutile: sia pure che l'accettante non conoscesse il mutamento avvenuto nelle intenzioni del proponente.

Rispondiamo.

Il consenso può revocarsi sino all'accettazione; ossia è lecito mutare la volontà, facendone però una dichiarazione, che io voglio chiamare *formale*. Quando la volontà non solo dev'esser espressa, ma dev'esser espressa *in un dato modo* onde produrre i suoi effetti giuridici, la volontà deve ritenersi imperfetta, come imperfetta è la volontà del testatore che, deciso quanto si voglia di lasciare la sua eredità a Tizio, non la manifesta in un atto munito delle forme legali. Quando un creditore cede un suo credito ad un terzo, egli ha certamente la volontà di cedere, e questi ha la volontà di comprare, e si vede apertamente nell'atto stesso della cessione. Eppure quella duplice volontà rimane ancora imperfetta rapporto al debitore ceduto, e anche rispetto allo stesso cedente, se la cessione non è al primo notificata. Non altrimenti viene nel caso nostro. *A.* ha offerto a *B.* la vendita di azioni commerciali di sua proprietà a prezzo determinato. Questa volontà non espressa (*propositum in mente retentum*), o non espressa per iscritto (1), a coi caratteri della vendita, sarebbe rimasta imperfetta e non obbligatoria: fu perfetta e obbligatoria, perchè risultava in quella forma. Ora nulla di più volgare che *quibuscumque modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur* (2). La volontà di revocare l'offerta obbligatoria dev'esser espressa nello stesso modo per distruggere la prima; quindi la volontà nuova non è perfetta se non quando sia resa manifesta alla persona alla quale ci siamo obbligati mediante quell'offerta; e allora sola la revoca è piena ed efficace (3).

---

391. Ma la controversia intorno alla quale più fieramente si disputa è quella che vengo ad esporre.

In quale momento del tempo si ritiene perfezionato per accettazione il contratto fra assenti, sia che per lettere missive o telegrafiche abbiano corrisposto fra loro? (4).

Qui veramente si manifesta il grande scisma dottrinale, e noi, lasciando alle prese i campioni della scienza (5), esporremo umilmente il nostro parere.

Cominciamo dal dire che quando noi parliamo di *accettazione da notificarsi*, alludiamo a quei tali contratti che ricercano una notificazione *espressa*, non a quelli che si conchiudono

---

(1) Che fra assenti io reputo necessario.

(2) Leg. 80 Dig. de Rej.

(3) Sono convinto che questa soluzione sia conforme al diritto, alla equità, alla buona fede e ai grandi interessi del commercio.

Io però non mi arrogo quello che non mi appartiene. Il prof. SERAFINI mi aveva preceduto.

Ecco le sue parole: « Dico che volontà esternata nella proposta deve considerarsi *come volontà attuale* del proponente sino a che non l'*abbia revocata formalmente*, fino a tanto che non sia nota al destinatario. E, valga il vero, se prima non è venuta a notizia del destinatario, anche la revoca sarà come non avvenuta fino a tanto che quegli non ne sia al fatto » (pag. 73).

Può dirsi che sia *volontà attuale* quella che non è stata surrogata da una *volontà formale* egualmente efficace. Io ho usata un'altra locuzione, osservando che la seconda volontà deve riputarsi *imperfetta*: ma noi siamo d'accordo non solo nella soluzione, ma parmi eziandio nei motivi.

(4) Nello sciogliere la precedente questione abbiamo dovuto supporre che l'accettazione dell'assente (e s'intende qualora non occorresse una ripromissione per parte del venditore, un obbligo nuovo per qualche condizione non intesa, e simili) abbiamo dovuto supporre, io diceva, che l'accettazione, benchè al venditore non notificata, fosse definitiva del negozio; senza di che è chiaro che il venditore avrebbe potuto revocare il suo primo consenso sino alla notificazione. Per noi colla precedente storia è stata sciolta implicitamente anche l'attuale.

(5) Citerò solo alcuni di quelli che si possono più facilmente consultare fra i molti, anche tedeschi, nominati dal prof. SERAFINI. Fra quelli che ritengono non essere il contratto conchiuso se non quando al proponente sia giunta notizia dell'accettazione del corrispondente: MERLIN, *Répertoire*, v° *Vente*, § 1, art. 3; TOULLIER, *Droit civil*, lib. III, tit. III, num. 20; TROPLONG, v° *Vente*, num. 22, v° *Louage*, num. 193; PARDESSUS, *Droit commerc.*, num. 250; MASSÉ, *Droit commercial*, t. II, num. 94; t. IV, num. 24; DELAMARRE e POITVIN, t. I, n° 104, tom. II, num. 76, ecc.

Autori che appartengono all'altra opinione: LAUTERBACH, *De nuncio*, §§ 67, 68; DE LUCA, *De alienat.*, disc. 47, *De benefic.*, disc. 93, num. 8 (che pur ne parla incidentalmente); POTHIER, *Obligat.*, § 4; MÜHLENBRUCH, *Pand.*, § 431, 4a ediz.; DURANTON, *Cours du droit civil*, tom. XVI, num. 15; DUVERGIER, v° *Vente*, num. 51., ecc. Finalmente SERAFINI nella indicata opera *Il Telegrafo in relazione*, ecc.

Bisogna però convenire che non tutti gli scrittori di questa parte trattano ex professo la questione.

mediante accettazione tacita, quali sono i contratti *reali qui re perficiantur*: il mutuo, il comodato, il pegno, il deposito (1).

Si dirà che questo è quasi un terreno neutro fra le due opinioni, perchè infine non si può far forza alla natura essenziale delle cose. Ma dalla natura essenziale delle cose è al tutto facile il passaggio alla *loro natura razionale*. La mente che discopre la relazione assoluta e permanente delle cose, ritrova altresì quelle che le congiungono nell'ordine del fine. E già i sostenitori dell'opinione che l'accettazione sia definitiva benchè non pervenuta ancora a notizia dell'altra parte, fra i quali io mi pongo, possono andar lieti di una grande concessione dei loro avversari, che è un omaggio al principio che siamo venuti enunciando. Essi sono costretti a convenire doversi eccettuare i contratti *di mandato* e *di commissione* (2). Quelli che ci fanno questa concessione sono i commercialisti più moderni, incalzati, mi sia permesso il dirlo, dallo spirito dei tempi e dalla voce unanime del commercio, che ha estremo bisogno di toglier via dagli affari di commissione cotali impacci, come io spiegai ampiamente in qualcuno dei precedenti paragrafi. Un passo avanti, o signori, e noi siamo tutti d'accordo.

Può domandarsi perchè mai il cosidetto rigore dei principii si faccia piegare innanzi a codeste esigenze del commercio, e si mantenga ancora feroce negli altri contratti commerciali, come nelle vendite, se pure io non errai mostrando al n° 390 che in simili contratti non è meno necessaria una positiva certezza, una decisione pronta e risoluta, poichè nel vertiginoso giro commerciale, all'accettazione di un affare, la sua esecuzione e l'intrecciamento di altre negoziazioni succedono immediatamente senza sosta, impazienti d'ogni aspettazione e d'ogni lungaggine? Giustamente avvertì il prof. Serafini: se la vostra accettazione (che voi fate inviando immediatamente una lettera o un telegramma che la esprima) non fosse perfetta se non giunta a notizia, perchè non dovreste voi aspettare un altro avviso onde conoscere voi pure che la vostra accettazione era giunta a notizia?

Io seguo questa ben pensata definizione dell'illustre professore. « Quando il destinatario « accetti le mie proposte, il consenso esiste « già nella mia *volontà*, nella mia *coscienza*; « anzi esisteva all'atto stesso della proposta; « l'accettante non fa che render *attuale* e « *reale* quello appunto che la mia coscienza « mi dava come un fatto futuro, desiderato » (pag. 62).

Evidentemente il rapporto giuridico è formato dall'incontro delle due volontà; e non intendo come l'animo che aspira ad un fine non sia soddisfatto col conseguirlo. Aggiungo: che il fatto della scienza è richiesto quando dal lato del notificando rimanga qualche cosa a fare, e si voglia impedire ch'egli non faccia una cosa che potrebbe fare in tutta buona fede (3); ma al venditore che ha trovato il suo compratore com'egli desiderava, non resta più che di vegliare alla buona esecuzione del contratto, poco importando che il nuncio che gli partecipa i suoi voti essere compiti, sia arrivato qualche ora dopo (4).

(1) Serafini, pag. 57.

(2) Serafini, pag. 59 e 60. Egli ci reca le parole di Délamarre e Poitvin, di tale importanza, che noi pure sentiamo il bisogno di ripetere: « Poniamo adunque il principio che il mandato che si dà per lettera (o per telegrafo), *e si accetta per commissione, diventa un contratto perfetto fin dal momento dell'accettazione, quand'anche questa fosse ignorata dal committente* ».

(3) Come nella questione precedente, rispetto al corrispondente che deve astenersi dal contratto che vede disdetto dal proponente.

(4) Se i valenti oppositori avessero portata un momento la questione sul terreno del fallimento, e avessero calcolate le conseguenze del loro sistema, dato il caso che il venditore fosse fallito fra l'accettazione e la scienza, io penso che avrebbero dovuto arrestarsi.

Digitized by Google

TITOLO VII.

DELLE SOCIETÀ ED ASSOCIAZIONI COMMERCIALI

Articolo 106.

La legge riconosce tre specie di società commerciali:

La società in nome collettivo;

La società in accomandita semplice, o divisa per azioni;

La società anonima.

La legge riconosce inoltre

L'associazione in partecipazione;

L'associazione mutua.

392. *Differenza fra società civile e commerciale. La società commerciale è contrassegnata dall'oggetto commerciale. Le qualificazioni delle parti, e neppure le forme usate, generalmente parlando, non alterano il carattere legale di una società.*

393. *La forma commerciale dà l'essere alla società commerciale, semprechè la materia non resista e la sua natura non sia esclusivamente civile.*

Esempio nella vendita e rivendita d'immobili.

394. *Se sia nulla una società in materia civile sotto forma e con intento commerciale, o se piuttosto le convenzioni siano ridotte a quegli effetti che possono avere secondo le leggi civili.*

395. *Delle società civili che fanno passaggio in commerciali senza cambiare di forma; e delle società, non rivestite di forme commerciali, che tali possono qualificarsi.*

392. Il carattere della società commerciale è determinato dal proprio oggetto. « Les sociétés commerciales sont celles qui sont formées pour exercer un commerce; *c'est leur but qui leur imprime le caractère commercial.* Toutes les autres sociétés sont des sociétés civiles » (Troplong, *Des Sociétés*, n° 347). Questo principio, così genericamente enunciato, è incontestabile.

Pertanto il carattere della società è fuori, o, meglio, al di sopra delle qualificazioni delle parti: la società è quella che è: civile o commerciale secondo la sua natura. Vero che talvolta le denominazioni delle parti influiscono anche sul carattere della convenzione (1); ma questo non avviene che in quei tali negozi nei quali la legge stessa non ha dettato norme supreme interessanti l'ordine pubblico. Le società commerciali si svolgono in una sfera tutta loro propria; impongono obbligazioni di una energia e di una estensione ignota alle società civili; trasportano i contraenti nei rigidi campi della giurisdizione commerciale; e sì grandi effetti non possono derivare che dalla realtà dei fatti.

Ma si aggiunge che, neppure le forme commerciali, di cui siasi voluto rivestire una società, ne cangiano il carattere e l'essenza. Sentiamo ancora il Troplong. « En principe rien de plus faux que de s'attacher à la forme, comme le fait M. Vincent. La société civile n'est pas emprisonnée dans telle ou telle organisation sacrementelle. Les statuts particuliers peuvent former sa consti-

(1) Se il contratto si nomini enfiteusi, locazione o simili, si crede essersi voluto fare un'enfiteusi o una locazione (Fulgin., *De emph.*, tit. 1, quest. xv).

Digitized by Google

« tution de tous les pactes qui ne sont pas illicites, et rien n'empêche d'importer dans « des sociétés civiles quelques des formes ou « des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales: de tels « emprunts ne changent pas la nature des « choses » (n° 328).

393. Nondimeno bisogna convenire che la *forma commerciale*, forma la quale consiste non solo nelle parole, ma eziandio nella qualità dei patti e delle obbligazioni assunte, è qualcosa di molto diverso da una semplice qualificazione.

Dico che quelle che chiamiamo *forme* delle società, per differenziare le commerciali dalle civili, non sono parole soltanto, ma fatti e convenzioni; sono della sostanza del contratto, ed anzi lo costituiscono. E se codeste forme sono modellate su quelle determinazioni delle leggi commerciali che non hanno nè esempio nè riscontro nel Cod. civ., come le impersonali, è palese che le parti hanno voluto fare e hanno fatto in realtà una società di commercio. E ciò perchè *la forma stessa dichiara l'oggetto e lo comprende:* vale dire l'oggetto commerciale. Le società in accomandita e anonime quali ci vengono proposte negli ordinamenti del Codice di commercio, sono tipi di società commerciali, e hanno una direzione immediata e certa al traffico, al lucro che ne deriva o si spera, a quello che diciamo speculazioni commerciali, e sono regolate dagli ingegnosi artifizi che distinguono tali società. Non daremo adunque alla enunciata teoria di TROPLONG una soverchia estensione (1), e ne porremo i limiti in questo teorema — *che la forma commerciale dà l'essere alla società commerciale, semprechè la materia non resista e la sua natura non sia esclusivamente civile.*

La proposizione così formulata serve anche a modificare una dottrina di DELANGLE « s'il « s'agit d'un fait qui ne rentre pas dans les « prévisions du Code de commerce, la société « dont il est la base est, en dépit des stipu« lations contraires, une société civile » (*Des sociétés*, n¹ 28, 29).

In fondo questa dottrina racchiude il principio enunciato, che se l'oggetto è commerciale e la forma indica l'oggetto, è però necessario che la *materia* sia suscettibile e non opponga una resistenza di natura alle applicazioni commerciali. Soltanto trovo la proposta inesatta e meritevole di correzione ove un po' leggermente si determina la materia commerciale *dalle previsioni del Codice*, quasichè questa grande divisione sia un portato del Codice, e non piuttosto dei principii generali ai quali s'informa il Codice stesso. Il Codice propone e descrive gli atti di commercio o quelli che reputa tali, ma le *sue previsioni* sono ben lontane dal comprendere tutti i fatti e tutti i soggetti della commercialità, e gli esempi che seguono daranno luce al nostro pensiero.

Per noi la forma commerciale qualifica la società commerciale in principio: e solo per eccezione e limite diciamo, purchè non resista la materia. Esempio solenne abbiamo nelle compre-vendite e rivendite d'immobili (2). Le guarentigie ipotecarie assunte come accessorio di operazioni commerciali non discordano, non ne alterano la qualità e il carattere (3); ma l'immobile come materia diretta delle negoziazioni non si presta alle rapide evoluzioni del commercio, come crediamo di aver dimostrato (4). Se adunque siano assunte forme commerciali in una società che si esercè su materia immobiliare, non potendosi vincere la natura delle cose, la società è civile. Allora non resterà fuorchè il vedere come siano conciliabili patti di natura essenzialmente commerciale con un contratto che non cessa di esser un contratto civile.

Questione interessante intorno alla quale non possiamo spendere che poche parole.

394. Vi hanno patti e condizioni che quantunque non siano della natura della società civile, tuttavia non ripugnano alla sua natura, e non sono incompatibili. Fra questi, la solidarietà dei soci verso i terzi. I soci non sono obbligati in solido pei debiti sociali verso i terzi, insegna l'articolo 1726 del Codice civile. Ciò significa che non è della natura della società civile la solidarietà, siccome la è della commerciale; ma se la solidarietà è stipulata, dovrà ammettersi (5). Vi hanno però altri patti o altri modi di obbligazioni, avversi, incompa-

(1) Non credo però che le nostre vedute che veniamo spiegando discordino punto da quelle dell'illustre autore, considerate nel loro complesso.

(2) Vedi il nostro n° 11, lett. *p*. Noi siamo sempre fermi nel ritenere la materia immobiliare estranea alle operazioni commerciali, malgrado che *in illo tempore* una grande autorità insegnasse il contrario, non leggendosi nel Codice la esclusione letterale. Giurisprudenza che col decorso del tempo venne abbandonata (Cassazione francese, 8 marzo 1818).

(3) Esempio della istituzione di *Credito aperto*.

(4) Nel suddetto num. 11.

(5) La solidarietà stipulata fra soci in una società civile, giova al credito della società ed a migliori affari. E nell'interesse della stessa società.

Digitized by Google

tibili con una società civile. Le società fondate meramente nel capitale e impersonali sono combinazioni di pura indole commerciale; non possono esser trasportate, nè allignare sul terreno della società civile, in cui le obbligazioni sono personali, devono adempirsi integralmente, e non è lecito di sottrarsene coll'abbandono del capitale, meta e misura di guarentigia pei creditori in alcune società di commercio.

A rendere più chiara la dimostrazione, poniamo una ipotesi di fatto; fingasi che più persone abbiano fra loro convenuto in una società, che intitolano commerciale, per comprare e vendere beni stabili, e dividerne i guadagni: società che si formano facilmente quando i governi espongono a pubbliche vendite una quantità di beni stabili già appartenenti a grandi classi possidenti; come accade anche in questo tempo. Quei soci non hanno voluto ingannare nessuno: ma si sono ingannati (1). Si è pertanto stabilita una società in accomandita, togliendo dal Codice di commercio i modi, le forme, le disposizioni che distinguono questa specie di società.

È nulla ipso jure *questa società così formata? O possono altri dei soci chiederne la nullità nel rispettivo interesse in confronto degli altri soci? O trovandosi che la società sussiste non come commerciale ma come civile, in qual modo potrà ridursi nelle proporzioni di una società civile; quali gli obblighi fra i soci; quali verso i terzi?*

Il caso nacque e fu portato prima alla Corte di Rouen, indi alla Cassazione (2). Il giudizio era stato introdotto ad istanza di un socio. Pentito, tentò di disfare la società, fondandosi sopra l'*errore di diritto*. Sarebbe stato desiderabile che la Corte avesse stimato, nella fattispecie proposta, di trattare più largamente il punto principale della esistenza di un errore di diritto e delle sue pratiche conseguenze: nondimeno si raccolgono dalla decisione le seguenti massime: 1° se questo errore esisteva fu comune ai soci come ai capitalisti concorsi in quell'affare; 2° che non poteva quindi l'uno a danno dell'altro invocare o far valere il preteso errore di diritto; 3° che le cose non essendo più intere, poichè la società aveva avuto corso e molti impegni si erano contratti, dovevano gli affari proseguirsi e condursi a termine; 4° che niuna dichiarazione potrebbe reagire sul passato e distruggerne gli effetti; 5° che in tale stato di cose non si doveva precipitare una liquidazione, dannosa a tutti gl'interessati, ma riportarla a circostanze più favorevoli; 6° che in ogni modo se l'errore esistesse, non sarebbe errore caduto sulla sostanza dell'atto, non avrebbe fatto mancare il consenso che lo produsse; 7° che nella specie si tratterebbe di un errore relativo alla forma del contratto e a certe stipulazioni accessorie: e resterebbe in tutta la sua forza la volontà delle parti in ordine all'oggetto della contrattazione (3).

Questa dottrina mi sembra vera; quindi ai tre quesiti si risponde che il contratto è valido; che la confusione occorsa di forme commerciali insinuate in una società civile non dà azione ai soci per annullarla; molto meno rispetto ai terzi, verso i quali hanno assunte obbligazioni: ben chiaro che i terzi non possono costringerli commercialmente, nè per gli effetti stabiliti rapporto ad obbligazioni commerciali.

La difficoltà consiste nel liquidare, dirò così, le obbligazioni, nel farle rientrare nel sistema delle obbligazioni civili. Nel rispetto dei contraenti fra loro, la responsabilità non sarà superiore a quella che hanno realmente assunta. Gli accomandanti che non hanno voluto impegnarsi oltre una data somma che hanno già conferita, non sono tenuti personalmente; ma sono esposti a perder la somma che hanno depositata, la quale potrà essere oppignorata da creditori come sostanza sociale. I soci saranno tenuti verso i terzi, non però solidalmente (4); anche i terzi devono risentirsi di siffatta trasformazione: dalla qualità dell'affare essi sono già avvertiti di non poter agire commercialmente, e di non professare che un credito civile. Su questa misura si verrà rilevando come siano per adattarsi le altre parti della convenzione all'ordinamento civile, che

(1) Se si pone che abbiano agito dolosamente, converrebbe aggravare la soluzione in danno dei soci e a pro dei terzi; e si dovrebbe, io credo, discendere da altri principii: caso rarissimo, perchè invece di stringere altri nella rete, i soci stessi potrebbero esserne presi.

(2) BÉDARRIDE, *Des sociétés*, articolo 19.

(3) Sentenza 19 febbraio 1840, lodata dalla Corte suprema nella sua decisione del 9 giugno 1841 (*Journal du Palais*, 1840, tom. II, pag. 157; 1841, tom. I, pag. 200). Il DALLOZ, riportando nel suo *Repertorio* la sentenza della Corte di Rouen, si mostra d'opinione contraria, e reputa l'errore sostanziale; ed è confutato da BÉDARRIDE.

(4) Comunque si fossero dichiarati solidali, tratti dalla erronea opinione di costituire una società commerciale.

infine non aggrava ma tempera il rigore, e in certo modo restringe il portato delle obbligazioni assunte sotto una forma e con intento commerciale, onde hanno quell'effetto che possono avere.

395. Il principio stabilito nel nostro n° 393 riceve continue applicazioni.

Una insigne ne abbiam vista nel trattato delle miniere (n° 46 e seg.). Ragioni superiori e speciali attribuirono alle operazioni delle miniere carattere civile, sottraendole alle severe persecuzioni dei giudizi commerciali. Ma le produzioni delle miniere sono più che mai atte al commercio, e sono destinate al commercio. Ad imprimere ai negozi che si aggirano su tale materia il suggello commerciale, basta che si vegga una società costituirsi in forma commerciale (1).

Così le forme commerciali della società non solamente sono note esteriori che la qualificano, ma eziandio espressioni della volontà dell'intenzione e dell'oggetto stesso onde dicemmo scernersi la commerciale dalla civile. Altre volte le forme non commerciali di una società non escludono la esistenza di una società di commercio, quando si appalesi tale dalla sua propria natura, ossia per la destinazione ed oggetto di essa. Di tal maniera se la forma commerciale della società ha una vera importanza intenzionale, quando la materia è abile, ove pur manchi, la società non è meno commerciale a tutti gli effetti.

La dimostrazione dev'esser breve dal canto mio, rientrando nel soggetto generale della commercialità discorso altrove.

Una società civile nella sua costituzione e nel suo oggetto può far passaggio in commerciale variando l'oggetto e la destinazione della sua impresa, o spiegandolo più chiaramente. Una società costituita per la fabbricazione di un teatro, ossia di un edifizio ad uso di pubblici spettacoli, può essere civile (2); se assume altresì l'impresa degli spettacoli, quella società acquisterà carattere di commerciale, all'effetto della solidarietà, dell'arresto personale e della giurisdizione. Una società di private costruzioni può diventar commerciale coll'unire a sè elementi decisivi d'ordine commerciale; affidando ad un appaltatore di professione il lavoro che doveva condursi in tutt'altro modo. Una società di agricoltori che non ha altro scopo che di mettere in comune i prodotti di certe affittanze, assumendone i pesi, può diventare commerciale per la qualità ed estensione del commercio delle derrate, per le fabbricazioni e manifatture che erigono nelle tenute, e per le speculazioni che vi fanno sopra. Veramente i soci trovano del loro interesse il restringersi, e quasi direi rifugiarsi, in una società civile per essere meno fortemente colpiti dalle azioni dei terzi: ma le loro cautele sarebbero indarno, se la natura della loro operazione le dimentisse. Una società di banchieri aveva creata una così detta *banca territoriale*, che prestava ad agricoltori e fittaiuoli; e si diceva una società civile. Per maggior colore, i mutuatari garantivano colla vendita degli immobili ch'essi potevano riscattare in termini più o meno comodi. I tribunali che dovettero giudicarne, trovarono sotto l'involucro la società commerciale. Il carattere predominante era la operazione di banca, qualunque fosse il predicato che aveva voluto darsi (3).

Articolo 107.

Le tre prime specie di società costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi separati e distinti dalle persone dei soci.

396. *Della generalità di questo articolo, e rinvio alla esposizione successiva.*

---

396. La legge nuova ha voluto enunciare questo teorema dottrinale, che è il corollario dei principii regolatori delle società commerciali. La distinzione della persona individua (socio) e della persona morale (società) non si assume che nelle società commerciali propriamente dette: le *associazioni* sono piuttosto modi di trattare un negozio in comune che la costituzione di una persona morale avente una esistenza giuridica sua propria. Io credo che

(1) Come si dimostrò ampiamente ai numeri suddetti.

(2) Dico può essere: le circostanze di fatto possono anche qualificarla commerciale.

(3) Corte di cassazione francese, 23 marzo 1808 (Bédarride, *Des sociétés*, all'articolo 19.

la legge, ponendo questa idea capitale, abbia avuto in mira di demarcare la differenza che corre fra quei due ordini di società, perchè se nulla è più noto di quel postulato, non è ugualmente perspicuo che le associazioni in partecipazione, per esempi, siano talmente personali come la legge odierna ha avuto cura di dichiarare. Ma noi non possiamo trattenerci su questa grande generalità teorizzando al largo e quasi nell'astratto; e sarà più utile cosa il discorrere dei rapporti dell'ente sociale coi terzi, e della posizione giuridica dei soci medesimi rimpetto a questo medesimo ente di loro creazione (idee che si completano ravvicinandole) quando verremo alla esposizione dei singoli articoli.

CAPO I.

DELLE SOCIETÀ

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

Articolo 108.

La sede della società è determinata dall'atto costitutivo di essa.

La società può avere più stabilimenti.

Nel silenzio del contratto la sede è nello stabilimento principale.

397. *La sede sociale determina la giurisdizione. Quantunque non stabilita nell'atto costitutivo, si ritiene possa esserla successivamente con atto autentico e formale.*

398. *Delle formalità da osservarsi per mutazione di sede e cangiamento di domicilio essendo la società già in corso.*

399. *Solo le società, enti collettivi, hanno una sede: non così la società in partecipazione.*

400. *Considerazioni che hanno rapporto alla competenza territoriale derivante dalla costituzione della sede sociale.*

397. Questo articolo racchiude un grave interesse giudiziario; deve sapersi avanti qual tribunale si può convenire una società di commercio. L'articolo 96 della procedura civile insegna « che l'azione dei soci fra loro si pro« pone davanti l'autorità giudiziaria del luogo « in cui è il principale stabilimento della so« cietà »: disposizione che dovrà estendersi anche alle azioni che i terzi promuovono contro la società. Il Codice di procedura con questo ci dichiarò, che lo *stabilimento principale d'una società* vale la residenza o domicilio dell'ente morale che, per quanto si concepisca nello spirito, deve pure avere consistenza in qualche punto dello spazio. Questa residenza è la *sede*, modo di dire che ritrae da quella, ed è nondimeno benissimo applicato (1).

Ora il Codice c'impara che l'*atto costitutivo* della società può determinarne la sede. È la società che elegge il proprio domicilio. È ben certo ch'essa vorrà presceglere uno dei centri della propria azione: ma qualunque sia, la giurisdizione territoriale è fissata. Tutte le azioni il cui esercizio giudiziario è regolato dal do-

(1) Noi al concetto di *residenza* uniamo la idea del contatto della persona fisica: perciò parlandosi di una morale, attiva ed operante, diciamo che ha una *sede*.

Digitized by Google

micilio del convenuto saranno portate a quella giurisdizione (1). Il criterio del *principale stabilimento* viene oggi a subordinarsi alla decisione della società: e ciò l'articolo spiega chiaramente.

Se codesta dichiarazione di residenza non fosse dedotta nell'*atto costitutivo* o primordiale, non potrebbe farsi successivamente e con atto separato? In ordine alle società commerciali, l'atto costitutivo è di tale momento che, generalmente parlando, non può integrarsi o modificarsi con atti addizionali. La società entrando immediatamente in azione, e la sua posizione complicandosi in impegni ed obbligazioni con terzi, la dichiarazione fatta in altro tempo e in altro atto potrebbe sembrare a comodo, e non avere più la presunzione di sincerità dell'atto primitivo.

Io sento la forza di questa osservazione, avvalorata dal nuovo placito legislativo. Nondimeno io stimo che la disposizione sia più presto indicativa che precettiva. La società, persona giuridica, non deve avere sotto questo rispetto minore libertà che ogni cittadino, persona individuale. Nella pluralità stessa degli *stabilimenti*, di cui la legge riconosce la esistenza; nella difficoltà di distinguere talvolta lo stabilimento più notevole o meno notevole; e nelle liti sulla competenza che possono derivarne, non saprei proprio vedere la ragione di questa privazione del diritto comune di eleggersi il domicilio: privazione specialmente trovata a danno, se non ad ingiuria, di una società commerciale.

398. Bisogna del pari accordarle il diritto di cambiar sede e domicilio qualvolta l'avesse eletto. Una società di grandi imprese ha le sue fasi; la sede che nel primo disegno parve centrale, oggi è divenuta secondaria, poichè la corrente degli affari si volge ad un altro punto, ed ivi, poniamo, l'azienda ha bisogno di concentrarsi: del resto la cosa è evidente, e, se vuolsi, un'autorità, indico quella di una decisione della Cassazione, allora di Milano, del 29 luglio 1865 (2).

Piuttosto giova indagare quali formalità siano a seguirsi per effettuare il cangiamento della sede sociale.

« Attesochè, fu detto in quella sentenza, « ove si tratti di stabilimento commerciale che « a principio ha fissato il suo domicilio in un « luogo, non può per massima di giurisprudenza cambiarlo con pregiudizio dei suoi creditori; ed affinchè il cambiamento di domicilio sia operativo ed efficace rispetto ai « terzi, è necessario che venga ad essi notificato; o che senza meno al segretario del « Tribunale di commercio si faccia deposito « regolare dell'atto col quale la società sceglie un nuovo domicilio ».

Nella specie esaminata il cambiamento del domicilio era stato semplicemente denunciato alla Camera di commercio di Bologna, nella quale città la società commerciale aveva dapprima per contratto stabilito il suo domicilio. La Corte suprema aveva ragione di dire che « tale forma di denuncia non era da veruna legge indicata. La sentenza proseguiva: « non « è alla Camera di commercio che si denunciano questi atti della società in nome collettivo ed in accomandita (3); bensì prescrive « il Codice di commercio all'articolo 51 che un « estratto di questi atti si deve rimettere entro « quindici giorni dalla data dei medesimi alla « segreteria del Tribunale di commercio nel cui « distretto è stabilita la casa di commercio ».

Chi rammenta il tenore dell'articolo 51 del Codice di commercio albertino, citato in questa decisione, dirà che quell'articolo fu spinto a conseguenze alle quali non giungeva il suo dettato, nè forse il suo spirito. L'articolo 51 era ordinativo della costituzione sociale; fra le sue fondamentali prescrizioni eravi quella di depotare nella segreteria del Tribunale di commercio — *nel cui distretto era stabilita la casa sociale* — l'estratto degli atti di società: voleva di più, che in ogni stabilimento della ditta si facesse lo stesso deposito colle formalità della trascrizione e affissione che vi erano annesse. Si potrebbe domandare se l'articolo 51 fosse bene applicato ad un affare di mutamento di domicilio, ossia di variazione della sede principale del contratto. Or ora porgerò alcuni schiarimenti.

Passando intanto da quel Codice all'attuale, io leggo nell'articolo 163 che *la mutazione, il recesso o la esclusione dei soci; le nuove convenzioni; i cambiamenti della ragione sociale*, ecc., sono soggetti a formalità che adeguano quelle stesse della costituzione della

(1) S'intende senza pregiudizio delle norme speciali di giurisdizione sparse in più luoghi del Codice di commercio, di cui abbiamo veduto esempi nell'articolo 83 e 103. E senza pregiudizio ugualmente degli altri criteri della competenza indicati nell'articolo 91 del Codice di procedura civile.

(2) *Collezione*, BETTINI-GIURIATI, vol. XVII, part. I, pag. 609. Vero è che allora era in vigore l'articolo 23 del Codice di procedura del 1859.

(3) Per la natura della società anonima, essa non era compresa in questa disposizione.

società: ma bisogna convenire che il semplice cangiamento di domicilio ha ben minore importanza, e i fatti sono assai diversi. Quelli preveduti nell'articolo 163 tendono a innovare sulla sostanza del concerto sociale; interessano il credito della società, influiscono sulla fede dei terzi. Il trasporto della sede sociale lascia tutto ciò nel medesimo stato; e può anche ravvisarsi una misura conciliatrice di vantaggi comuni, poichè suol giovare ai terzi, colpire una società nel suo principal centro di attività, anzichè cercarla dove per avventura più non dimora, cioè in una di quelle sedi che il giro del commercio ha fatto pressochè abbandonare e rimanere deserta.

La legge veramente non ci spiega quali siano le formalità da osservarsi nel cangiamento di sede o domicilio che voglia farsi da una società costituita. Per ciò che riguarda l'individuo che ha *residenza* personale e può cangiarla, dichiara l'art. 17 del Codice civile: « Il trasferimento della residenza in un altro luogo colla intenzione di fissarvi la *sede principale*, produce cangiamento di domicilio. — Tale intenzione si prova colla doppia dichiarazione fatta all'uffizio dello Stato civile del Comune in cui si fissa il domicilio, o con altri fatti che valgano a dimostrarla.

Una società commerciale non agisce diversamente dall'individuo: ha volontà: può cangiarla e trasferire la sua sede altrove. Ma una società non può dimenticare i suoi numerosi rapporti col mondo commerciale; gl'impegni che ha contratti colla sola sua apparizione; e che la sua atmosfera è la pubblicità. Ne segue ch'essa non può starsi contenta alle semplici formalità della legge civile, ma deve fare di più. Essa *deve pubblicare nel giornale degli annunzi giudiziari* del luogo ove esisteva l'antica sede, e del luogo ove va a stabilire la sede novella, il cangiamento del domicilio che ha creduto di dover fare (1).

Ma non dovranno ancora praticarsi le altre formalità ordinate dall'art. 163, secondo quello che parve ritenere la Corte di Cassazione nella indicata decisione?

Io non credo che l'articolo 163 (2) sia stato scritto in vista di un cambiamento di domicilio: e se quel modo di pubblicazione, che ivi è prescritto, non fosse osservato, francamente dico, non vedrei la violazione di quell'articolo. Ma la prudenza consiglia, massime dopo l'autorevole esempio che ho riportato, di depositare nella cancelleria del Tribunale dell'antica sede la dichiarazione sociale (3) del mutato domicilio, e farla trascrivere nel registro apposito, e affiggerla alle pareti della stessa cancelleria.

Non dobbiamo tuttavia fermarci qui, ma ci convien fare una distinzione che sotto un particolare aspetto ci trova molto severi.

La legge vuole che l'*estratto dell'atto costitutivo della società* (*V.* intorno a ciò l'art. 161) sia depositato, trascritto, ecc. nella cancelleria di ciascun tribunale dei luoghi ove la società abbia stabilimenti (articolo 158, capoverso). La intenzione della legge è chiara: essa reputa, com'è veramente, che sia del maggiore interesse dei terzi che si accingono a trattare colla società, di potere ad ogni momento informarsi dell'esser suo in luogo di facile e sicuro accesso, perchè le pubblicazioni dei giornali si dimenticano o sfuggirono: ed io ne deduco, che se la nuova sede vada a fissarsi in uno di quegli stabilimenti che la società già aveva, e che ora è divenuto il centro principale del suo commercio, non faccia d'uopo di trascrivere ed affiggere l'estratto dell'atto costitutivo della società, che già s'intende esistervi: ma se fosse creato uno stabilimento nuovo, onde locarvi la sede sociale, sarebbe assolutamente necessario di compiere eziandio le formalità prescritte dai citati articoli 158 e 163.

399. Solamente le società considerate *enti collettivi* e personalità distinte hanno una *sede*, che è pur essa una entità collettiva, rappresentando per gli affari della istituzione il *gius universum* dei soci, che continuano ad avere il domicilio loro personale per gli affari loro propri. La società (associazione) in partecipazione non ha *sede*, ossia non civile domicilio, perchè non ha persona, e come tale non esiste. Perciò le azioni che s'intentano contro l'associazione vanno dirette contro i singoli soci. Una sentenza della Cassazione francese, del 16 agosto 1865 (*Journal du Palais*, pag. 287), con questo principio disse, che anche il giudizio di scioglimento dell'associazione doveva intentarsi con citazione al domicilio.

400. *a*) La sede della società stabilita nell'atto costitutivo, o in successivo atto formale, col consenso e per deliberazione di tutti i soci, determina la competenza territoriale rapporto

(1) Non è a dire che, rispetto ai giudizi precedenti, il cangiamento non può influire sulla giurisdizione.
(2) E neppure l'articolo 51 del Codice di commercio albertino.
(3) È certo che occorre una deliberazione dei soci, secondo l'articolo 163.

Digitized by Google

alle azioni personali che si esercitano contro la società: è ciò che abbiamo detto nei paragrafi superiori. Compenetrandosi l'individuo nell'ente morale, i suoi giudici naturali, come socio, sono quelli del territorio ove ha sede la società. Questa unità rimane ferma e compatta non solo quando la società agisce contro i terzi, o i terzi contro di lei, ma altresì quando alcuno dei soci sembri staccarsi dal consorzio assumendo pretese contraddittorie contro gli altri suoi soci. Questo principio è consacrato dall'articolo 96 della procedura civile sopra memorato. Vi è di più. Il corpo morale si ha per esistente, *in ordine alla giurisdizione*, eziandio dopo lo scioglimento e la liquidazione, per gli effetti della divisione e delle obbligazioni che ne derivano durante un biennio (suddetto articolo 196). Senza partire dal concetto dell'unità non potrebbe concepirsi un domicilio collettivo, base della giurisdizione: e questa specie di finzione bisogna ritenerla *propter utilitatem*, al fine di concentrare gli affari avanti un giudice comune, e non disperderli in frazioni avanti ai giudici dei rispettivi domicili.

b) Se un socio o più soci dissentono dalla unione sociale, e si fanno attori, niun dubbio ch'essi convengono la società rappresentata dal suo amministratore o gerente avanti il tribunale del luogo ov'essa ha la sua sede. Quantunque le loro individualità si separino per un momento dall'unione, agitando interessi personali (1), la società continua ad esistere personificata nel suo rappresentante, sebbene per avventura i membri dissenzienti siano in numero maggiore di quelli che rimangono a far parte della collezione (2).

c) Se per contrario è la società che muove lite contro uno o più soci considerati quai singoli, allo scopo, verbigrazia, di costringerli a render conto, o farli dichiarar decaduti da certi diritti, il giudizio dovrebbe istituirsi, secondo le regole ordinarie, avanti ai giudici della loro personale residenza o domicilio.

d) Vi ha qualche caso in cui il corpo sociale può dirsi per un momento sparire in faccia a contestazioni che armano i soci l'un contro l'altro in guisa da non potersi più concepire il nucleo della collettività. Quattro soci compongono la società. Due di essi citano gli altri due per far dichiarare ch'essi sono intrusi e devono restituire gli utili che in varia misura hanno rispettivamente ricevuti. E questi a lor volta riconvengono gli attori perchè non hanno adempito ai loro obblighi, perchè mancano di veste giuridica, e via discorrendo. In questa discordia più che fraterna, direbbe LUCANO, la società è come lacerata, e non si saprebbe ove trovarla. Le quistioni saranno portate al tribunale del luogo ove hanno residenza i soci convenuti.

e) L'articolo che esaminiamo parte dal presupposto di una società costituita, di una società esistente, e ne determina il centro regolatore della competenza. Ma che sarà se la *esistenza medesima della società* sia l'oggetto della questione?

La più importante e fors'anche la più comune di tali controversie è quella: se una società sia nulla per difetto di forma, o si riguardi la sua costituzione o la sua manifestazione. Se la società non presentasse verun carattere estrinseco della sua esistenza, non vi sarebbe alcuno che volesse invocare l'autorità dei tribunali per far giudicare ch'essa non esiste. Ma se si trova necessario d'imprendere un tale giudizio, non si può cominciare dal distruggere di proprio capo la società, citando isolatamente i soci per far decidere che non sono soci, e niun rapporto di questa natura li lega fra loro. Se un rappresentante è stato eletto, se una sede di questo qualunque ente collettivo esiste ed è stata annunziata, si dovrà proporre il giudizio avanti il tribunale competente a giudicare sì degli affari sociali, che del carattere della società e della sua giuridica esistenza (3).

(1) Per esempio, un socio o più soci che si credono di non essere stati trattati con giustizia nel ripartimento dei benefizi, e muovono lite contro la società che continua a considerarsi nel suo complesso.

(2) Di sette membri si compone la società. Quattro di essi si gravano del riparto ad essi toccato, secondo l'esempio or ora proposto.

(3) Noto perchè altri ha già ricordato che la giurisprudenza francese sembra discordare su questo punto. Due decisioni, una della Corte di Riom del 2 agosto 1822, l'altra della Corte di Parigi del 2 luglio 1827, sancirono che se un *socio* citato dagli altri soci per la esecuzione del contratto sociale si faceva a negare la esistenza della società, il tribunale della sede sociale era il solo competente a decidere di tale eccezione. Secondo le quali decisioni, il tribunale del domicilio del socio, citato personalmente come dovevasi, non avrebbe potuto *giudicare la eccezione*: il che io non credo.

Invece la Corte di cassazione francese, nel 10 luglio 1837 (causa della fallita Girard), ritenne che, citato il socio avanti il tribunale del luogo ove la società ha sede, oppugnando il preteso socio la esi-

Articolo 109.

Se un nuovo socio è ammesso a far parte di una società già costituita, egli risponde al pari degli altri di tutte le obbligazioni contratte dalla società prima della sua ammissione, ancorchè la ragione sociale sia mutata.

Il patto contrario non ha effetto rispetto ai terzi.

401. *Niuno può avere qualità e diritti di socio in una società commerciale-personale, se non vi è ricevuto in forma espressa e solenne.*

402. *Prima della pubblicazione del proprio nome non è socio colui che fu eletto da un socio, malgrado l'eligente ne avesse l'incarico dalla intera società.*

403. *La forma dell'addizione di un socio dipende dal carattere e dalla forma della società. Quindi nell'associazione in partecipazione è ammessa l'aggiunta consensuale di nuovi soci.*

404. *Il nuovo socio risponde come gli altri delle obbligazioni contratte anteriormente alla sua ammissione. Ragioni di questo disposto. In qual senso s'intende* — non valere patto contrario.

---

401. « Ciascun dei soci ha facoltà di associarsi, senza il consenso degli altri, una terza « persona relativamente alla porzione ch'egli « ha nella società; *ma non può senza tale con- « senso ammetterla nella società*, ancorchè ne « avesse l'amministrazione » (articolo 1723 del Codice civile).

Nè le leggi civili, nè quelle di commercio offrono indizio che il consenso dei soci debba esser espresso. Si è creduto da giureconsulti eminenti equivalere all'espresso il consenso tacito, la scienza, la pazienza dei soci, l'adesione di fatto. È una dottrina insegnata anche dall'illustre campione della scuola italiana, il Casaregis, e da altri autori che lo precedettero (1): « nella generalità colla quale venne enunciata dal Casaregis nei citati passaggi, non avrebbe difficoltà per applicarsi alle società civili. Modernamente il Bédarride l'accoglie con un certo fervore eziandio per le commerciali (2). I fatti, egli dice, i fatti valgono più delle parole.

Io mantengo la più sostanziale differenza in questo rispetto fra le società civili e le commerciali. Quanto alle prime, se Tizio è stato accolto nella confraternita, vi ha recato il suo contributo, ha avuto parte nei congressi, è riconosciuto insomma in un modo qualunque come socio, egli ha i diritti che convengono a questa sua qualità verso gli altri suoi soci (3).

Ma dove si esplica decisivamente la varia indole della società, si è in ispecial modo nei rapporti dei soci coi terzi. Nel giro per così dire interno, nelle attinenze dei soci fra loro, il fatto positivo, innegabile, costante dell'adesione di tutti i membri, può ben valere una convenzione formale. Perchè dovrebb'essere altrimenti in una società di commercio? Egli è perchè socio, nella estensione della parola, non può considerarsi se non colui che ha tutti i diritti e le obbligazioni di socio non solamente nel rapporto interno, ma eziandio nell'esterno.

In una società civile i soci contrattano personalmente *vis-à-vis* del terzo, e personalmente si obbligano verso di lui: essi non sono vincolati dalle promesse degli altri soci, come non possono obbligarli quando non ne abbiano ricevuto la facoltà (articoli 1727, 1728 del Codice civile). In effetto il terzo, che non li obbliga neppure in solido (articolo 1726), non li considera soci, non ha bisogno di considerarli tali: sono suoi debitori in parti uguali, come sarebbero altri, non soci, che si obbligassero verso di lui in unico contratto. Il terzo ne

---

stenza medesima della società, il sudd letto tribunale doveva ritenersi incompetente, e aversi a rimettere il giudizio al tribunale del luogo ove il preteso socio convenuto risiedeva (Sossi e Montagnini, *Manuale*, pag. 98).

Decisioni leggiere e senza consistenza.

(1) Casaregis, disc. 133, num. 8 e 9.

(2) *Des sociétés*, num. 21.

(3) « Consideratur (disse Casaregis) novus socius « admissus, tamquam si a principio primorum so- « ciorum socius fuisset; quapropter ei negari ne- « quit actio conveniendi socium principalem qui « administravit, ut sibi administrationis ratio red- « datur cum restitutione sui capitalis et fructuum » (ibid.).

Digitized by Google

corre la fede personale; e da ciò si fa palese che il modo della sua introduzione nel consorzio sociale non produce il menomo inconveniente, nè per quanto riguarda l'interesse rispettivo dei soci, nè per quanto riguarda l'interesse dei terzi.

È forse lo stesso in una società di commercio?

È chiaro che noi parliamo delle società personali e non delle impersonali, come le anonime, poichè i terzi non hanno contato che sui loro capitali, e poco s'interessano dei nomi. Ma nelle società in nome collettivo principalmente, il valore, il credito, l'importanza delle individualità sociali rappresentano nella loro somma l'importanza e il valore di quell'ente morale a cui si abbandona con fede illimitata il pubblico commerciale, e perciò devono esser conosciute. I nomi dei soci sono pubblicati coll'atto costitutivo della società (articolo 159); la *mutazione*, ossia l'ingresso di nuovi soci, o la partita dei precedenti, viene ugualmente annunziata al pubblico (articolo 163). E così le innovazioni che si portano allo statuto sociale primitivo si fanno, e non possono farsi altrimenti che per deliberazione dei soci. Ma i soci che deliberano, devono aver la loro veste sociale riconoscibile; ossia devon esser quelli che apparvero già al pubblico nell'atto primordiale; se qualche altro vi s'introdusse, quasi tacitamente accettato, sarebbe elemento eterogeneo, elemento illegale, vizierebbe la stessa deliberazione. Che più! Il bisogno d'una deliberazione solenne per l'accettazione di nuovi soci prova a fior d'evidenza, che non può avere qualità di socio colui che sia entrato, per così dire, di fianco, e non abbia altro titolo che l'adesione tacita del consorzio.

Non si possono godere nella loro pienezza i diritti di socio, se anche non se ne portino integralmente i pesi; non è completamente socio chi non è colpito dalle azioni dei terzi al paro de' suoi confratelli; se non corre la sorte, i rischi, le vicende del corpo a cui appartiene sino al fallimento personale, sino all'arresto. Un simile socio si godrebbe *in abscondito* i favori, non dividerebbe le disgrazie: chi più fortunato di lui? È ella possibile una tale situazione di cose? Presso a poco è quella che una legge altamente morale riprova e condanna nell'articolo 1719 del Codice civile.

Non è già che non possa accostarsi ad un socio o più soci un sovventore di capitali, e anche un vero associato: ma nel seguente articolo 111 è posto il principio, d'altronde abbastanza noto, che costui *non ha rapporto giuridico colla società* (1).

402. A schiarimento di questa dottrina aggiungo una specie portami dall'autore ora citato nella nota.

Si era costituita a Parigi una società per l'esercizio di macchine all'oggetto della pulitura dei grani; e nell'atto sociale si statuì che verrebbesi ad erigere in Marsiglia uno stabilimento a ciò. Ad uno dei soci si era dato lo speciale incarico d'interessare una terza persona in quella città che assumesse la gerenza dello stabilimento. La questione, dice Bédarride, era nel sapere se questo gerente fosse un socio nella società, o un mero associato (*croupier*) di colui che lo nominò a quell'uffizio.

Consultato sulla questione, l'illustre giureconsulto rispose, che nell'addizione del gerente per Marsiglia egli non ravvisava « que l'exécution d'une obligation réciproquement imposée et acceptée dans le pacte social; et « dans l'existence de la clause de celui-ci que « le consentement formel de tous les associés. « Nous avons donc pensé que le gérant de Marseille était membre de la société primitive;

(1) Io ho sempre in vista di dir cose che abbiano un certo interesse per esser dette; quindi scelgo quei punti intorno ai quali si agitano o possono agitarsi controversie, fedele all'istituto che espressi nella Introduzione di non fare un'opera elementare e didattica; sotto questo rispetto non mancano libri più utili assai del mio. Poichè l'occasione si presta, mi piace di rammentare un Trattato assai ben fatto, e che ha tutti i pregi della precisione, della sobrietà e della chiarezza, recentemente pubblicato per le scuole dal mio egregio amico avv. Fantuzzi, professore di diritto commerciale nell'Università di Bologna (*Trattato delle società commerciali*, Firenze, tipografia dell'associazione, 1867).

Può darsi che la esposizione che ho fatta in questo numero abbia per se stessa quel grado di chiarezza, per cui suol dirsi *era inutile:* ed è un elogio che io ricevo volontieri. Ma non era inutile, dopo che un autore, giustamente stimato e dei più moderni, quale il Bédarride, fa credere che non sia punto questione, esprimendosi con queste parole molto assolute: « *Ajoutons que son caractère juridique* (della dottrina del Casaregis, secondo me « da lui male intesa) *ne saurait être contestée. Le « consentement peut resulter* de la conduite *des associés aussi énergiquement que* d'une déclaration « écrite, *lors que cette conduite n'est que la ratification tacite d'un acte emané de l'un d'eux. Comment en effet, ceux qui connaissent la cession sont « entrés en rélation avec le cessionaire, lui ont permis de s'immiscer dans les opérations sociales*, ecc. » (luogo suddetto, num. 21).

igitized by Google

« son élection étant d'ailleurs indispensable « au succès de la opération » (n° 22).

L'autore non spiegandosi più oltre, io accetto la sua consultazione sotto il presidio di una distinzione, d'altronde molto facile. Se il nome del futuro gerente era denunciato nell'atto costitutivo che venne pubblicato, non si può che convenire. Non così se il nome del futuro gerente non fu declinato nell'atto costitutivo, lasciata soltanto al socio incaricato la facoltà di rinvenirne uno che fosse di convenienza per quella impresa, ovvero se la persona, di cui si disse il nome nell'atto sociale, non accettò l'ufficio o fu nominato un altro. Fermo nella mia idea, che non si possa esser per metà socio: socio, per dir così, nell'interno, e non anco allo esterno dividendo gli obblighi verso i terzi e tutti gli oneri della società, posizione che è fatta mediante la pubblicazione dei nomi, non posso concedere che prima della pubblicazione del suo nome sia socio colui che fu eletto da un socio, malgrado questi esercisse il mandato ch'egli ebbe dalla intera società (1).

403. Fin qui si è parlato di società commerciali e non di *associazioni commerciali*, che, come vedremo a luogo, non sono soggette a certe imprescindibili formalità, e non impongono ai soci verso terzi altre obbligazioni che quelle personalmente contratte. Rapporto alla società, o meglio associazione, in partecipazione (non diremo che di questa), la massima che ho sostenuta nei numeri precedenti si modifica, rientrando nel principio del diritto romano, che può dirsi del diritto naturale: la società poter contrarsi *col fatto* (2) o *colle parole*, secondo la varia sua natura, indipendentemente da formalità solenni. Quindi se la convenzione sociale risulti in modo indubitato, e risulti eziandio che il suo oggetto sia commerciale, la porta è aperta a tutti i mezzi di prova, non esclusa la testimoniale (3). Allora noi abbiamo una società commerciale, ma *in partecipazione soltanto* (4), nella quale, siccome nelle civili, i rapporti sono *meramente contrattuali* non soltanto fra' soci, ma eziandio verso i terzi. E allora l'addizione di un socio, *post constitutam societatem*, può essere consensuale senza ombra di dubbio. La forma dell'addizione del socio *dipende da quella da cui ha vita, e per cui esiste la società stessa.*

E ciò per una ragione molto sostanziale che io tento di esprimere in questa formula; *quando le obbligazioni verso terzi assunte da un rappresentante, o anche da un socio, vincolano la collettività sociale* (articolo 114), *tutti i soci di primo o di secondo o ulteriore ingresso devono esser accettati formalmente per renderli poi manifesti al pubblico:* attesochè, come si è detto nei numeri precedenti, *i terzi hanno bisogno di conoscere*, a priori, *gli elementi personali di cui si compone l'ente collettivo, non contrattando singolarmente con essi, e non correndo la loro fede individuale.*

404. Posto il principio, enunciato anche nel Codice civile all'articolo 1725, che socio novello non si ammette a far parte della società se non col consenso degli altri soci, la disposizione del nostro articolo 109 poteva sembrare superflua, perchè il consenso che dai soci si aspetta, non sarà mai prestato che alla condizione che il nuovo socio si faccia carico *delle obbligazioni contratte dalla società prima della di lui accettazione.*

Per altro l'avvertenza potrebbe sfuggire alla sagacità dei soci, ed ecco la legge soccorrere con una prescrizione piena di saggezza. Chi vuol essere socio, dev'esserlo completamente, dal principio al fine: portare tutti i pesi, se vuol anco dividerne i vantaggi. Questo canone fondamentale delle società, che i moderni hanno assai bene apprezzato abbracciandone tutte le conseguenze, ci ebbe propugnatori nei precedenti numeri, ove abbiamo stabilito che non si può essere *a metà socio*, per rapporti limitati all'interno, e non per quelli più vasti, più arrischiati, che si formano all'esterno. È facile a vedere che il nuovo socio che entra, durando nella società, è destinato a raccogliere i profitti dell'impresa coi

(1) « Societatem coire et re et verbis et per nun- « cium posse nos, dubium non est » (Leg. 5 pro socio). Questo principio si modifica necessariamente nelle società di commercio per le ragioni dette. Vedi il numero che segue.

(2) « Si societas fit *re*, rerum ipsarum collatione « perficitur » (BARTOLO, ad Leg. 59 pro socio).

(3) Vedi articolo 182.

(4) Si trattava dell'esercizio di una industria (tipografica), nella quale uno degli operai contribuiva gli strumenti dell'arte, e per l'opera aveva stipulato non una mercede giornaliera, ma una quota degli utili, dovendo però sottostare anche alle perdite. Era insomma una società di fatto; e per quanto ne risguardava il carattere, la Corte di Firenze, nel 6 settembre 1864, così disse: « Questa società « verbalmente contratta non essendo rivestita dei « requisiti voluti e delle forme prescritte dalla « legge per le società commerciali, *era una neces- « sità giuridica il considerarla per una società in « partecipazione* » (BETTINI-GIURIATI, *Sentenze del* 1864, part. II, pag. 600).

suoi consoci. Ma s'egli non volesse addossarsi eziandio la parte di obbligazioni anteriormente contratte dalla società che già stava a peso del socio che si dimette, farebbe un poco il leone che si appropria la porzione più pingue, mentre i profitti più grossi si realizzano sempre al termine della impresa. Ne nascerebbe inoltre un grave sconcio: che le obbligazioni e i diritti dei soci di posteriore adozione sarebbero ineguali a quelli degli altri soci: i nuovi soci sarebbero trattati con una specie di graduazione dipendente dalla data del loro ingresso. D'ordinario chi si dimette ha il torto di essere fra quelli che scadono di fortuna, di posizione, e non han tempo di aspettare che si maturino i frutti della speranza che altri ripone in quella stessa impresa. Così mentre la giustizia è rigorosamente osservata, se ne afforza la società, guadagnano in sicurezza i terzi, avendosi in effetto due debitori in luogo di un solo. E ciò avverto di proposito, stantechè accettando il nuovo socio, i consoci non possono liberare l'antico che già si trova aver incontrate delle obbligazioni verso i terzi.

L'articolo 109 è andato più avanti: ha stanziato che — *il patto contrario non ha effetto rispetto ai terzi.*

E questo non prova forse che i terzi hanno perfetta cognizione del nuovo affigliato, il quale non potrà mai volersi aggregato tacitamente, salvo come socio di socio, estraneo quindi alla società? Peraltro la legge ha cura di esprimersi *rispetto ai terzi;* ed è questa la parte che la legge prende specialmente in protezione nelle società commerciali. Che i soci potessero intendersi altrimenti fra loro: che dal nuovo arrivato ripromettendosi per esempio una più potente cooperazione, abbiano voluto assumersi ripartitamente il carico delle vecchie obbligazioni, niuna difficoltà: i terzi però hanno un'azione diretta e solidale contro di lui, come contro tutti gli altri soci.

Articolo 110.

I creditori personali di un socio, finchè dura la società, non possono far valere i loro diritti che sulla quota di utili spettanti al medesimo, come risultano dal bilancio sociale, e sciolta la società sulla quota al medesimo spettante nello stralcio.

405. *I creditori personali di un socio non hanno azione contro la società; non possono intromettersi nelle liquidazioni dei crediti del socio loro debitore; ma sono legittimi oppositori in giudizio di concorso coi creditori della società.*

---

405. I creditori personali dei soci non hanno altri diritti verso la società che quelli dei loro debitori, e alla condizione che siano verificati e determinati. Essi adunque, nè per giure, nè per fatto non possono surrogarsi ai loro debitori per esercitare le loro azioni contro la società, nè contro gli amministratori della società, nè contro i soci in particolare; neppure per far rispettare i diritti del loro debitore, se per sorte fossero da lui trascurati. Essi potranno operare per mezzo di sequestri la inibizione di conseguare i realizzi sociali al socio debitore; a ciò si limita il loro diritto.

Io credo che quando avvenisse il caso di dover restituire gli utili percetti (sul che di presente nulla voglio stabilire), i creditori che li avessero conseguiti in luogo del socio debitore, non potrebbero esser costretti a tale restituzione. Come il creditore del socio non ha azione verso la società, così per reciproca ragione è a ritenersi, che niun'azione abbia la società verso di essi. Bensì sarà nel loro diritto di opporsi alla consegna degli utili, comechè liquidati nel bilancio, qualvolta non fossero definitivi, e in certo modo fossero versati al socio sotto condizione di futura restituzione, eccetto che non si prestasse malleveria *de restituendo.* La qual cosa io trovo molto giusta, poichè quella fiducia personale di cui fu onorato il socio dal momento che venne accettato nel consorzio, non segue del pari la persona del suo creditore: un terzo, che un caso meramente accidentale pone a contatto della società.

L'articolo 170 fa pure conoscere che i *creditori della società* sono preferiti ai creditori personali dei soci nello stralcio finale: che è quanto dire dovere prima la società pagare i debiti propri, che quelli particolari dei membri della società. In questo caso però io avviso che i creditori particolari dei soci sarebbero ammessi a far opposizione. E non credo che per questo eserciterebbero essi dei diritti *contro la società*, benchè i contrari pretendenti si dicano creditori della società. I creditori dei soci non combattono le loro pretese se non in quanto sono dirette ad escludere il proprio

credito, e non per gli effetti generali che possono risultarne nell'interesse della società. Nasce un vero concorso di creditori, dove una classe può avere diritto di poziorità giuridica; ma infine bisogna anche sapere se i loro crediti abbiano sussistenza, se siano reali e legittimi.

Articolo 111.

L'associato del socio non ha alcun rapporto giuridico colla società; è soltanto partecipe degli utili e delle perdite spettanti al socio.

406. *Delle sorgenti da cui è tratto questo canone di giurisprudenza: quali i rapporti fra socio ed associato, e del socio rimpetto alla società pei fatti di quest'ultimo.*

407. *Differenza fra cedere i diritti, le azioni e la posizione di socio, e l'associare altra persona al proprio interesse.*

408. *Il cedente rimane nell'esercizio sociale quale mandatario del suo cessionario; risponde della colpa propria; non degli eventi, comunque dannosi, derivati da deliberazioni sociali ch'egli non ha potuto impedire.*

409. *Il cedente non risponde della insolvibilità dei soci.*

---

406. Il socio può aggiungere a se stesso un altro socio: è nel suo diritto. Ma io non lo riconosco per socio, perchè non ci è stato il mio consenso. *Quid ergo si socius meus eum admisit? Ei soli socius est* (1). Perfetta separazione adunque, e non vi potrà essere comunicazione di affari sociali fra me e il socio del socio. Per altro il fatto del socio aggiunto può influire sulla situazione sociale in questo senso. « Se il socio aggiunto (2) recò per sua colpa danno agli affari sociali, è tenuto per tal titolo verso il socio che lo aggiunse, del quale egli è socio; non però verso gli altri, i quali non l'hanno accettato, e dei quali non è socio; ma questi invece per tal titolo promuoveranno l'azione contro quel loro socio che lo aggiunse, affinchè sia verso di essi responsabile del fatto di esso socio aggiunto ».

Reciprocamente il socio è responsabile verso il proprio socio dei fatti della società verso la quale egli solo ha l'azione (3).

Anche il socio ha un'azione *pro socio* verso colui che si è aggiunto; e niente osta che quest'azione parziale sia da esso intentata prima che si eserciti quella generale fra i soci (4).

In questo caso Pomponio dubitava se il socio che si è incontrato con un socio aggiunto *non solvendo*, che col fatto suo aveva recati danni alla società, potesse liberarsi dalla propria responsabilità verso la stessa società, pei fatti del suo associato, cedendo le azioni. Ulpiano scioglieva il dubbio, affermando che il socio non poteva liberarsi con questo mezzo, certo essendo che quella sua improvvida associazione doveva ascriversi a colpa sua (5).

Il vantaggio che risentì la società col mezzo del socio aggiunto (6), che forse era molto più attivo, molto più industre del socio diretto, non compenserà almeno il danno da lui recato con qualche fatto irregolare o imprudente? No, secondo l'avviso di Marcello, seguito da Ulpiano. Quindi se per negligenza dell'associato è perita una cosa sociale (7), il socio diretto sul quale ne ricade la responsabilità, non può difendersi allegando i meriti del suo associato e i benefizi che la società ne ha ritratto (8).

Queste schiette dottrine delle leggi romane

---

(1) Leg. 19 pro socio. Quella che segue n'è la parafrasi: *nam socii mei socius, meus socius non est* (Leg. 20).

(2) Nota di Pothier alla Leg. 21 Dig. pro socio. Traduzione che io ho motivo di credere di Daniele Manin, col quale fui stretto di amicizia, e che si occupò lungamente in Venezia della traduzione delle *Pandette* di Pothier (pubblicata dal Bazzarini nel 1833) con quella sagace pazienza che distingueva quel grande e modesto intelletto.

(3) Intorno a questo principio, vedi più avanti i num. 408 e 409.

(4) Leg. 21 eod.

(5) *Quia difficile est negare culpa ipsius admissum* (Leg. 23 eod.).

(6) *Per socium admissum*, è sempre la espressione del testo romano.

(7) Si è perduta una lettera con valori essendosi trascurata l'assicurazione.

(8) Leg. 24, 23 Dig. pro socio.

Digitized by Google

giova aver ravvicinate al nostro articolo nel quale il legislatore italiano si piacque di formulare l'antico principio.

La compensazione desidera identità di soggetto e di persone. La compensazione del bene e del male si ammette nello stesso affare; non in diversi e divisi (1). Veramente rimpetto alla società vi è identità di soggetto, poichè socio ed associato sono una cosa, non riconoscendo essa che il primo. La vera causa adunque per la quale non si ammette compensazione ella è che gli *affari sono distinti* (l'oggetto). Vedrai che ciò deve accadere di fronte allo stesso socio. Figuriamolo amministratore. Egli non ha iscritta o rinnovata una ipoteca in tempo debito, ed ha fatto cadere sulla società un danno enorme. D'altra parte in una negoziazione di sete, assai felicemente condotta, ha recato dei grandi vantaggi. Nel suo privato bilancio egli ne avrebbe trovato un compenso: ma in faccia alla società l'uno e l'altro fatto rappresentano una operazione di cui deve dar conto.

407. *La cessione della quota e interesse sociale durante la società non è forse altro che una società subalterna fra cedente e cessionario?*

Il diritto di cedere la propria interessenza in una società è molto diverso dall'associarsi ad altri; e forse dal non avere sufficientemente stabilita la differenza, è nata un po' di confusione fra gli scrittori su questo punto. PARDESSUS la rese chiara dicendo = On voit que « *la faculté de céder à un tiers la part* qu'on « a dans la société est différent de droit qu'a « tout autre associé *d'associer quelqu'un à sa « part;* droit qu'il peut exercer sans aucune « autorisation de ces consociés, s'il n'y a pas « renoncé ». Questo secondo diritto è nella natura della proprietà che non sarebbe una proprietà se non potesse anco cedersi; il primo da considerarsi limitativo, è pur esso della indole della società, essendo l'indole della società parziale ed esclusiva.

Io tengo assai, l'ho detto altre volte, allo esporre le opinioni che mi sembrano erronee di quei chiari uomini la cui autorità è generalmente seguita, perchè sul loro labbro è pericoloso l'errore; perchè la scienza non può farsi progredire che a questo patto. Ossequioso delle dottrine altrui, non ho a far altro che rimandare i lettori a quei libri. Incaricandomi delle questioni insolute e mal risolte, a mio umile avviso, da' tali uomini, credo di dedicarmi a uno scopo veramente utile (2).

Io veggo certe proposizioni che reputo non ammissibili, enunciate con una sicurezza che mi fa stupore. BÉDARRIDE ravvisa nella cessione di un diritto sociale una società: dice che questa dottrina è universale, positiva, evidente. « La doctrine de toutes les époques « était unanime. Partout et toujours la cession d'un intérêt social avait paru créer une « société entre le cédant et le cessionaire » (*Des sociétés*, n° 23).

È presto detto *la dottrina di tutti i tempi.* A questa dottrina giuridica di tutti i tempi manca intanto la sua gran base, il diritto romano, che BÉDARRIDE invoca in prim'ordine. I testi che abbiamo svolti nel precedente numero ci mostrano chiaramente che ivi si discorre di un vero contratto di associazione intervenuto, o espresso o di fatto, fra un socio ed un altro che associò a se stesso senza farlo penetrare entro i cancelli della società (3). L'articolo 1861 del Codice Napoleone, che pure si cita, non sarebbe una gran prova della *dottrina di tutti i tempi*, a sì smisurate distanze. Ma quell'articolo dice tutt'altro. « È in facoltà di ciascuno dei soci di « associarsi, senza il consenso degli altri, una « terza persona, ecc. ». Ma la questione sta in sapere *se ogni cessione di diritti sociali sia un'associazione.* Da ultimo si ha pronta l'autorità di TROPLONG (4), che si può venerare senza accettarne tutte le opinioni. Il DUVERGIER che osa per così dire contrastarvi, è trattato da novatore e quasi deriso. Io non dirò che questo autore accenni ai migliori argo-

(1) Leg. si negotia Dig. de negot. gestis. È naturale: in un cumulo di merci che mi avete consegnate a stima per venderle a mio rischio non meno di un prezzo complessivamente stabilito in L. 1000; se parte ne vendetti meno della stima, e parte più, compenso gli scapiti coi vantaggi e vi presento il risultato.

(2) Io raccomandai questo sistema nella breve introduzione al mio *Trattato dell'azione penale* (Torino, Unione Tipografico-Editrice, già Pomba), e me ne valsi, io spero, non senza profitto se non sono troppo lusinghiere le menzioni che vennero fatte di quel libro. Il mio punto di partenza era culminante; era la celebre opera del MANCINI sullo stesso soggetto. Con questo metodo noi evitiamo le inutili e noiose ripetizioni; non volgarizziamo le idee altrui per appropriarcele, ma ci assumiamo il grave, il pretensioso forse, ufficio di critici; ma solo lo spirito di esame può fecondare i lavori che si sovrappongono ad altri lavori sullo stesso soggetto.

(3) Non credo che altri testi del Diritto romano possano sostenere la tesi dell'illustre autore.

(4) All'articolo 1861 del Codice Napoleone.

Digitized by Google

menti (che si riducono ad un solo), ma infine la ragione è per lui.

Non seguirò neppure la discussione che ne fa il Bédarride: accerto il mio lettore che non merita la pena. L'argomento è un solo. Chi cede i suoi diritti e la sua posizione sociale a un Tizio qualunque, si spoglia d'ogni interessenza; vantaggi o perdite sono al suo cessionario. Invece chi si associa altri, può ritrarre un prezzo o non ritrarlo, secondo che l'impresa sia più o meno lusinghiera, ma egli rimane nella società non solamente col nome e colla persona (come pure nel primo caso), ma vi rimane cointeressato nei guadagni e nelle perdite che divide col proprio associato. L'associato chiamasi ancora partecipante; nel gergo francese, *croupier*.

La cessione della propria interessenza di socio lungi dal favorire il concetto di una società subalterna fra cedente e cessionario, lo esclude. Laonde la società subalterna non solo non conseguita, per così dire logicamente, dalla cessione; ma non può nascere che da patti che si consertino e si aggiungano, modificando la cessione medesima (1).

408. La posizione del cessionario rispetto al cedente varia di evidente ragione secondo il carattere e quantità (userò questa frase) della cessione. Tenendo la ipotesi che abbiamo premessa di una società commerciale di tal natura che non ammette mutazione nelle persone dei soci, il cedente che tutto ha rinunziato, e non ha più interessenza nella società, rimane nell'esercizio sociale, quale mandatario del suo cessionario (2), doppiamente obbligato a curare il di lui interesse, e quale mandatario necessario, come si teneva, e quale cedente. In questa sua qualità egli presta l'*uti frui;* presta doverosamente al suo cessionario quanto si richiede ad onesto venditore verso l'acquirente che si trova nella singolare contingenza di non poter fare personalmente i propri affari. « Il en résulterait que si son intérêt dans « la société était représenté par son industrie, « bien qu'à proprement parler, il n'eût plus « aucun droit sur les produits, il serait néan« moins tenu à la fournir » (Pardessus, n° 974). Si comprende che il cessionario avrà dato un corrispettivo tanto maggiore, quanto egli viene dispensato dalla prestazione dell'opera, facendo tuttavia suo pro dei lucri corrispondenti.

Le negligenze, i falli, le colpe del cedente per cui il suo particolar quoto venisse a diminuire, fornirebbero altrettanti titoli d'indennità al cessionario. Che ne verrebbe se i patti sociali, colla scorta dei quali il cessionario acquisti le ragioni del socio, venissero a cambiarsi?

Qui il nostro Pardessus enuncia una massima che io non posso adottare « Les associés « ne pourraient aussi, après la signification de « la cession, modifier entr'eux les conventions « primitives, de manière à léser les droits du « cessionaire » n° suddetto.

Perchè di grazia nol potrebbero? Chi è questo cessionario che lega alla propria convenzione la società intera? Questo cessionario non è neppure un socio, bisogna ripeterlo; la società non accetta le sue diffidazioni se non al solo effetto di non consegnare al suo cedente le somme di cui andasse in credito; del resto nessuna intromissione negli affari sociali, nessuna azione, come sopra si disse. Potranno dunque a lor grado i soci modificare il loro stato sociale senza riguardo a questo terzo: piuttosto è a vedersi quale conseguenza ne verrebbe rispetto al cedente verso il proprio cessionario che fosse danneggiato dalla mutazione.

Il cedente ha l'obbligo di non prestare la sua adesione al cangiamento che fosse per risultar dannoso al suo cessionario. Dovendo piegare alla maggioranza, s'egli abbia agito da uomo onesto e senza fraude, io ritengo che il cessionario non abbia reclami a proporre contro di lui, come niun diritto spetterebbe al cedente se il cangiamento portasse utilità maggiori e non previste al momento della sua cessione. La ragione è una, e deve valere per amendue le parti. Il gius sociale è passato in dominio dell'acquirente; vantaggi e perdite, sì per mutamenti di convenzioni sociali, come per risoluzioni *ante tempus* deliberate dalla comune dei soci, senza che il suo cedente-mandatario potesse impedirle, sono vantaggi e perdite sue. Non solo ha assunto parzialmente l'alea dell'impresa sociale, ma si è rassegnato eziandio alle future deliberazioni della maggioranza che poteva prevedere come un'altra delle eventualità possibili.

409. Il cedente, restando socio, risponde per conseguenza della insolvibilità del suo associato, mentre sopporta tutti gli obblighi di quella posizione. Ma risponde similmente della

(1) Difatti, quando vi ha associazione fra cedente e cessionario, il primo non ha fatto rinunzia di tutti i suoi diritti sociali, ma di parte soltanto, avendo ritenuta una parte delle interessenze.

(2) S'intende nei rapporti col cessionario medesimo, restando sempre in società colla veste di socio.

insolvibilità dei soci verso il proprio cessionario, che, per abbracciare tutte le ipotesi, fingiamo anche di lui associato?

Diciamo di no, prendendo le parti di TROPLONG, DUVERGIER e BÉDARRIDE, contro gli oppositori. Invero la posizione del cedente che dovrebbe rispondere della insolvibilità di tutti, diverrebbe insopportabile. In una società commerciale che si svolge alla luce del sole, nell'atmosfera della pubblicità, nulla è lecito ignorare quanto alla sua organizzazione, ai nomi che la compongono, alla forza de' suoi capitali, se è del genere innominato. O cessionario della totalità della interessenza sociale, o cessionario solo in parte e socio del socio, il terzo si è messo in una impresa di cui conosceva i principali elementi e la natura aleatoria (1).

SEZIONE II.

Della società in nome collettivo.

Articolo 112.

La società in nome collettivo si contrae tra due o più persone, ed ha per oggetto di esercitare il commercio sotto una ragione sociale.

Articolo 113.

I soli nomi dei soci possono far parte della ragione sociale.

410. La ragion sociale: *perchè esiste; quali i suoi termini ideali; e la sua funzione nelle società in nome collettivo.*

411. *Una società che vuol essere in nome collettivo, che non ha una ragion sociale, nè riveste le altre forme legali, si considera un'associazione commerciale in partecipazione, e limitata alle obbligazioni personalmente assunte.*

412. *Dei soci che non fanno parte della Ragion sociale. Prima ipotesi: di soci mancati, tacitamente surrogati da altri, restando fermi innanzi al pubblico i nomi dei primi. Seconda ipotesi. Di nomi di soci esposti al pubblico, che si pretendono di mera apparenza.*

413. *Soluzione del secondo quesito. Principio generale: che il nome apparente è obbligato verso i terzi, malgrado non abbia interesse nella società: salvo la usurpazione del nome invincibilmente ignorata dalla persona che lo porta.*

414. *Soluzione del primo quesito. Quando i terzi possano aver diritto alla rescissione del contratto, o ad essere assicurati mediante cauzione.*

410. La *ragion sociale* si esprime con una formula rappresentativa; ma essa stessa è un simbolo, un vessillo che sventola, a così dire, sull'alto dell'edifizio, a tutti manifesto, intorno al quale si riunisce l'aggregazione mediante il suo capo, o anche un solo de' suoi membri, per attestare l'indirizzo e il carattere dei suoi atti commerciali; volendo abbondare in forme poetiche, si potrebbe anche dire il sigillo della società, la cui impronta appalesa che è la società stessa, ossia l'ente collettivo che opera nella persona del suo capo o di taluno dei suoi membri; e non l'individuo singolarmente e nell'interesse suo personale. *Ciò significa esercitare il commercio sotto una ragion sociale.*

Si esprime, dicevasi, con una *formula rappresentativa*, tale cioè che possa intendersi atta a significare il complesso delle esistenze individuali che compongono la società. La formula può essere e suol essere compendiosa,

(1) Per ciò si vede essere inapplicabile alle moderne società commerciali la dottrina di ULPIANO, accennata al nº 406, al § *Reciprocamente.*

Digitized by Google

ma, come tutte le compendiose, deve contenere virtualmente la singolarità da essa rappresentata. Tutte le persone dei soci vi s'intendono dunque ennunciate, e si leggono in effetto e chiaramente dietro quella divisa, nell'atto costitutivo della società; linguaggio convenzionale che il pubblico intende benissimo; vi riconosce la persona morale con cui tratta; può misurarne le forze, apprendere la fiducia di cui è meritevole.

Se la formula, anzichè rappresentativa, recitasse i nomi dei soci; o i nomi di tutti i soci potessero ripetersi ad ogni atto sociale, le relazioni coi terzi, essendo più specifiche, sarebbero anche più semplici, perchè le persone obbligate cadrebbero immediatamente sott'occhio; ma ciò non è possibile, oggidì specialmente, traendosi la potenza delle associazioni in gran parte dal numero. Ci occorre adunque un simbolo agevole, un rappresentativo che tutto comprenda; nulla di più ovvio. Suolsi indicare una ditta, un nome che ci avvisa che ha dei *compagni*, ciò nelle negoziazioni limitate: ma noi intendiamo stupendamente una società vasta, impersonalmente enunciata col titolo della sua impresa — la *Società ferroviaria dell'Alta Italia — Società la Buona fortuna delle assicurazioni di Venezia.* — Tale divisa mette in evidenza una esistenza giuridica diversa da quella dei soci singolarmente considerati, e che non è altro che la somma di codeste singolarità, considerate nel loro modo collettivo di operare.

411. Chi ha detto che la espressione della ragion sociale *è di essenza delle società in nome collettivo*, ha detto bene nel senso che chiamerei *della legalità*, perchè la legge così ha dichiarato in principio (articolo 112); perchè le obbligazioni dei soci, per esser sociali, devono costituirsi *sotto la ragion sociale* (articolo 114); perchè l'estratto di pubblicazione deve contenere la *ragione di commercio* (articolo 159); perchè lo stesso cambiamento della ragion sociale dev'essere fatto manifesto al pubblico (articolo 163). Insomma una società in nome collettivo che non porti in fronte la sua designazione caratteristica, il suo nome di totalità e di corpo, non è riconosciuta dalla legge: non può funzionare secondo il disegno che la stessa ha largamente tracciato.

Tanto insomma la espressione *della ragion sociale* è necessaria, quanto la scrittura, quanto la pubblicazione. Non vi sarebbe adunque una società in nome collettivo, nei termini della legge; ma vi potrebb'essere altrimenti una *società di fatto*, produttiva di obbligazioni e fra i soci e verso terzi?

La risposta affermativa non è dubbiosa. Vi sarebbe però una differenza e sommamente rilevante. La società, ritenuto il suo carattere commerciale, non potrebbe considerarsi che un'*associazione in partecipazione*, che è quasi l'ingenere delle società commerciali che non possono rassegnarsi sotto una data categoria, e degenerano in mere associazioni.

Non è facile stabilire le conseguenze giuridiche di una associazione irregolare assunta contro la legge, avente uno scopo che non è dichiarato dalla legge, e che nonostante, per ragione, per giustizia, deve produrre degli effetti legali.

Per quanto le formalità prescritte alle società di commercio siano rigorose, come sarà spiegato a suo luogo, create essendo a salvaguardia e difesa dei terzi, non può il loro difetto giovare ai soci, ai quali incombe di metterle in atto. Quindi presentandosi ai terzi quali soci, sottoscrivendosi tali, come tali obbligandosi, costoro si obbligano commercialmente, quindi solidalmente per la generale disposizione dell'art. 90. Peraltro non vi ha società commerciale in nome collettivo, e sono a ritenersi le seguenti notevolissime differenze. Che la irregolare associazione non ha un carattere permanente nè progressivo; è momentanea, non impegnativa *in posterum*, ma ristretta ai negozi statuiti in qualità di soci; che per conseguenza niuno dei soci ha azione contro gli altri soci per intraprendere insieme altri affari fuor quelli che essendo già assunti hanno cominciato a creare delle obbligazioni comuni; che le obbligazioni non s'incontrano che per fatti personali, non avendo essi mandato in virtù della loro organizzazione per obbligare gli assenti.

412. *Sull'articolo* 113.

Il pubblico commerciale deve poter leggere chiaramente, e senza pericolo d'ingannarsi, *nella ragion sociale*, ossia nella sua formola, i nomi delle persone vive e reali che si tengono obbligate in virtù di una obbligazione commerciale qualunque. *Il credito è personale:* la legge non ammette sostituzioni, rappresentanze, molto meno finzioni e sottintesi nei nomi dei soci che si manifestano alla cognizione del pubblico. Non vuole per esempio che restando scritti quei nomi, i loro eredi o successori singolari ne prendano il posto effettivo: per cui la proibizione della legge si estende anche a quei fatti che sfuggono alla volontà, e si subiscono dai soci medesimi per necessità della loro posizione.

Supponiamo che nei patti fondamentali della società abbiavi pur questo, che ai soci man-

by Google

cati di vita subentrino *de jure* gli eredi maggiori di età e di proprio diritto. Ciò che non iscuote la fiducia dei soci, non si può nondimeno proporre al pubblico per costringerlo a dividere la stessa fiducia. Lasciando nelle tavole scritte della società il nome per avventura assai rispettabile del defunto, il pubblico è ingannato. L'erede può aver titoli meno assicurati al credito: ciò si verifica quasi sempre.

Molto meno si può operare volontariamente la sostituzione; perciò la ragion sociale è immutabile (1), ed è quella che appare; non è cessibile che come sta e come canta; vale dire i soci esistenti non possono venirsi spogliando della loro qualità per rivestirne altre persone che amino di rimanere incognite, restando tuttavia esposti al pubblico i nomi primitivi. Ciò dicesi generalmente di tutte le insegne che figurano sulle porte dei negozi indicanti *ragioni sociali:* soprattutto devon esser veritiere. Se Giacomo padre è morto, Giacomo figlio non deve nascondersi lasciando, per quanto possa scusarsi coll'omonimo, la insegna* nello *statu quo:* il pubblico legge Giacomo A. e compagni: è questi un negoziante di gran credito ed esperienza, che da venti anni lavora in quello stabilimento: Giacomo A. figlio manca forse dell'uno e dell'altro requisito: egli ingannerebbe il pubblico non segnalando nella divisa *Giacomo A. figlio e compagni.*

Fin qui abbiamo supposto un nome di socio antico surrogato nella realtà da un'altra persona, restando ancora quel nome scritto a pubblica edificazione. Gli autori propongono il caso inverso: dell'apparizione di un nome che non ha parte effettiva nella società, messo in vista per far del credito, per illudere la gente.

Questo importa poco, come diremo al numero seguente, se costui concorre di sua volontà a farsi uccel di richiamo al pubblico credente; ma nella ipotesi, in verità alquanto strana, che il suo nome fosse così messo a frutto e giuocato senza di lui consenso, si dubita che dovesse dirsi di quell'uomo del cui nome si abusa in un modo sì indegno.

La questione si scioglie facilmente, quando si può stabilire la tolleranza del supposto prestator di nome: la pazienza che equivale alla adesione e al consenso. E se il giuoco si prolunga un certo tempo, è giustizia così ritenere. Ma il caso presenta una certa gravità, denudato che sia di circostanze di fatto che facciano presumere un tacito consentimento alla frode. Potendo noi immaginare tutto quello che vogliamo, possiamo anche immaginare un Tizio che si è portato ad abitare in America, ov'è distratto da affari di somma importanza. Certi suoi amici che ha lasciati in Italia gli hanno fatta la burla di far figurare il suo nome, che è un bel nome in commercio, nell'elenco dei soci, come si presentano al pubblico nomi di collaboratori illustri, che non fanno mai niente, in certe imprese letterarie per levarle in fama. Fingiamo insomma il caso di un nome che fa parte apparentemente della ragione sociale, mentre il proprietario di quel nome ignora l'abuso che se n'è fatto.

Talvolta, e ciò forse è il più frequente, il nome d'onore, dirci così, si espone al pubblico colla intelligenza delle parti; senonchè la persona che lo presta ha voluto una espressa dichiarazione che la sua comparsa non è che di apparenza, e ch'egli non sarà impegnato nelle operazioni della società: socio insomma di nome e non di fatto.

Per apprezzare queste varie contingenze bisogna abbracciare in uno le conseguenze giuridiche della violazione dell'articolo 113.

413. Le varie disposizioni del Codice di commercio si concatenano fra loro a formare un solo concetto. L'articolo 111 prescriveva non riconoscersi come socio comune quello che uno solo dei soci si era eletto (2). Dai rapporti dei soci fra loro si passa a quelli dei soci coi terzi. All'articolo 113, che ora ci occupa, sussegue l'articolo 114, che lo completa, facendosi in esso conoscere che significhi l'essere socio di una società in nome collettivo; quali poteri o quali responsabilità vi siano congiunti. Gli articoli 158, 159, 163 dimostrano come questo sistema non possa operare nella sfera del diritto se non ottenendo un alto grado di pubblicità onde nè frode nè inganno sia possibile. Anche l'articolo 113 è manifestamente nell'interesse dei terzi. I terzi non conoscono che i nomi annunziati al pubblico. Persone non nominate fra i soci nell'atto costitutivo non potrebbero obbligare colle loro firme gli altri soci, secondo l'articolo 114; perciò i terzi non possono ammetterle. Dire *che i soli nomi dei soci possono far parte della ragion sociale*, è quanto dire che *i soci nominati* sono veri soci rispetto ai terzi, e ne hanno tutte le obbligazioni, comechè in realtà non fossero soci, ossia non fossero che nomi apparenti.

Alcuni osservarono che l'articolo 21 del Co-

(1) Salve le modificazioni rese manifeste al pubblico (articolo 163).

(2) Intorno a ciò, vedi il commento al num. 401, 402, 403.

Digitized by

dice di commercio francese (al quale è perfettamente conforme l'attuale articolo 113 dell'italiano) non è munito di *sanzione penale!* Queste cose dobbiamo sentirle da persone dotte e intelligenti! Che più? Dobbiamo vederle insegnare dai tribunali! La Corte d'Aix, nel 16 xbre 1840 (1), sentenziò in questo modo: — Colui il cui nome figura in una ragione di commercio, per questo solo fatto non si presume socio, se in effetto non sia in realtà interessato nella società; del resto, non essendo l'articolo 21 accompagnato da sanzione penale, doversi consimili fatti abbandonare alla estimativa dei magistrati.

Io non so che siasi immaginato di sanzione penale! Si voleva forse che al divieto fosse unita una pena, una multa, qualcosa di simile? Lungi dal voler imposta una penalità, la sostanza della disposizione sta invece in questo: che solo le persone i cui nomi *fanno parte della ragion sociale* possono obbligare gli altri soci; e che le persone i cui nomi fanno parte della ragion sociale, sono obbligate come tali. Nulla più assurdo che il dire: *il solo fatto della iscrizione del proprio nome nell'elenco dei soci e della sua regolare pubblicazione*, non basta a costituire socio chi non lo fosse che in apparenza. Vostra mercè, o signori: così voi rovesciate tutto il sistema con tanta cura architettato dal legislatore commerciale! Voi costringete i terzi a disputare sulle relazioni interne dei soci! Ma poniamo anche questo fra quegli errori magistrali, che è meglio dimenticare che confutare.

Pertanto i diversi casi che siamo venuti toccando nel precedente numero, non ricevono che una sola conclusione, quando si tratti di *persone esistenti*, i cui nomi figurano nell'elenco sociale, facente parte dell'atto costitutivo, e con esso pubblicato. Qualunque dichiarazione e protesta di non voler assumere le obbligazioni sociali fosse stata premessa alla loro iscrizione, non sarebbe opponibile ai terzi. Si abusa assai facilmente del criterio della penalità! Non è per pena che il socio apparente si assoggetta alle conseguenze della sua esposizione, ma per un effetto naturale del sistema della pubblicità, che abborre dai patti occulti e dalle restrizioni segrete. Chi ha acconsentito alla pubblicazione del proprio nome, sapeva di non potersi esimere da siffatte conseguenze.

Può sembrare più grave, può credersi ingiusta la condanna di chi non ha consentito a quella ingannevole mostra; vittima esso pure di una dolosa soperchieria.

Per non trattare seriamente una simile questione, converrebbe dire che il caso non sarà per accadere che assai di rado: ed è forse per questo che gli scrittori della materia vi passano sopra con una leggerezza mirabile.

La questione può presentarsi sotto due aspetti. Che il nome di questo preteso socio ignorante, siasi fatto figurare in tutti gli atti pubblici della società; ovvero chi ha sottoscritto gli effetti e i recapiti nel nome sociale vi abbia aggiunto il nome di quel supposto socio, col quale solletico altri ha accettato più volontieri la obbligazione.

La seconda tesi non presenta difficoltà. Era facile a scorgersi, se non la scroccheria, la irregolarità o la inutilità almeno di una tal giunta. Il terzo che contratta coll'ente morale, si reputa aver presenti i nomi dei soci che sono per diventare i suoi debitori: non ignora adunque che ora si aggiunge a quelli un altro nome, che non è compreso nella ragion sociale. Il nome in tal guisa pronunciato o scritto dal firmatario non può servire ad inganno se non grossolano e volontario: e quel nome, così improvvisato, non sarebbe impegnato in nessuna maniera.

Ma sotto l'altro aspetto, la soluzione non è facile. Facciamo un passo nella questione dicendo, che la presunzione è sempre nel ritenere che il nome espresso nell'atto costitutivo e pubblicato, sia il nome del socio vero e consenziente. Se lo stato delle cose si prolunga; se il supposto sagrificato non reclama, non protesta, benchè non gli fosse disagevole scoprire l'abuso che si è fatto del suo nome: ecco dei gravi argomenti ai giudici del merito per convincersi del suo consentimento, almeno a *posteriori*, e ciò basta. Ma se poi la usurpazione del nome fosse provata, non ammettesse dubbio, io non mi sentirei la forza di sostenere, coll'appoggio del Codice di commercio, che quella persona è obbligata dall'apparenza. Il Codice di commercio si spinge molto avanti nelle presunzioni, ma non suppone il reato, non determina gli effetti giuridici di un reato in simile contingenza.

Quanto a me credo che, nei termini rigorosi di questa proposizione, la responsabilità del reato cadrebbe direttamente ed esclusivamente sui soci che ne fossero colpevoli: che i terzi ingannati potrebbero pretendere nuove cautele e garanzie; talvolta, secondo i casi, chiedere il soddisfacimento immediato.

414. Resta a vedere quale conclusione di diritto abbia a prendersi nell'altro caso in cui,

(1) *Journal du palais*, 1840, part. 1, pag. 463.

mancate le persone dei soci, restano tuttavia affissi i loro nomi al pubblico, e si fanno credere esistenti, laddove i veri interessati stanno occulti e non si mostrano (1).

Osserviamo prima il caso per quanto concerne la responsabilità degl'interessati che non si mostrano al pubblico.

Rimpetto ai soci. Noi fingiamo che questo stato di cose esista colla intelligenza dei soci che hanno un interesse qualunque di non pubblicare i nomi dei soci reali surrogatisi agli estinti. Non è dubbio che costoro sono veri soci e rispondono totalmente e in ogni parte dei debiti sociali verso i consoci.

Rimpetto ai terzi. Se gl'interessati occulti sono eredi o donatari universali dei mancati, i terzi hanno azione contro di loro considerati come la persona stessa del defunto. Se invece gl'interessati occulti non hanno alcuna rappresentanza del defunto, neppure quali suoi cessionari (mentr'esso viveva) e aventi causa, i terzi, veramente tali in tutta la estensione della parola, hanno azione contro essi (2).

Intanto è palese che le guarentigie dei terzi sono diminuite, poichè lo stesso firmatario o amministratore non obbliga più lo stesso complesso di debitori come fu dapprincipio; o ne obbliga di quelli che possono riputarsi meno solidi, come gli eredi; e i terzi sono mantenuti in permanente stato d'inganno.

Qual è il diritto dei terzi verso la società? Il caso è abbastanza singolare e la legge non ci presenta alcuna norma per risolverlo (3). Ma è chiaro che prima di avere stabiliti i loro rapporti di credito verso la società, i terzi non avendo interesse, non hanno azione. E dopo avere stabilito tali rapporti, dopo avere acquistati delle cambiali sottoscritte dal firmatario sociale, essi sono caduti nella rete; e quindi non possono mai opporsi e sventare quell'inganno se non con un rimedio prepostero, dato che veramente ignorassero che i soci i cui nomi restano in apparenza e per così dir sulla breccia, erano mancati.

Io ritengo che a cose intere potranno recedere dal contratto, se ciò sia del loro interesse. Il commerciante di stoffe che ha promesso di vendere quelle che stanno navigando per di lui conto nel Mediterraneo e verranno scaricate nel porto di Brindisi fra venti giorni, scoperto l'inganno, potrà fare istanza per la rescissione del contratto, offrendo la restituzione delle cambiali che per ragione di prezzo gli furono consegnate, pagabili a tre mesi. Se egli avesse intanto negoziati gli effetti e non potesse più restituirli, egli potrebbe pretendere una cauzione onde integrare la sua posizione creditoria a supplemento di quella guarentigia implicitamente promessagli, e mancata per dolo della società (4). Se si trattasse invece di titoli di credito esigibili dalla società potrebbe chiederne il pagamento immediato, salvo cauzione; secondo la risposta che ha dato superiormente in casi consimili (5).

Articolo 114.

I soci in nome collettivo sono tenuti in solido per tutte le obbligazioni della società, ancorchè un solo socio vi abbia apposta la firma sotto la ragione sociale.

Se nell'atto di società uno o più soci sono autorizzati a firmare, le sole firme di questi sotto la ragione sociale obbligano i soci.

Non si reputano soci per gli effetti dell'impresa sociale i commessi di com-

(1) Vedi nº 112 in principio.

(2) Perchè codesti veri interessati non essendosi mai manifestati negli atti sociali, i terzi non hanno potuto statuire verun rapporto contrattuale con essi.

(3) E neppure le dottrine da me consultate.

(4) Vera *condictio sine causa*. — « Ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictionem locum habere » (Leg. 1 de cond. sine causa). Io accettai la vostra firma perchè sapeva che fra i soci eravi il banchiere *B.*, che valeva egli solo il resto dei coobbligati. Il banchiere *B.*, il cui nome si leggeva ancora sull'elenco dei soci, era morto. I suoi numerosi eredi vivono in America; o sono sparsi pel mondo, e non si sa ove coglierli, e forse hanno dato fondo alla eredità.

(5) Pardessus ha visto benissimo la questione, ma senza risolverla (*Cours de droit commercial*, nº 978, § *A plus forte raison*). Nota egli pure che in tale apparente stato di cose si avrà una sorgente ben feconda di errori e di sorprese: e aggiunge, potrebbe anche dirsi, « *qu'il y aurait emploi des faux noms, puisque on indiquerait comme membre de la société des personnes qui n'en feraient point partie* ».

Ma la conclusione? « *Tous les intérêts d'ailleurs peuvent être conciliés par la faculté d'indiquer que la nouvelle raison remplace la précédent* ». È un bel rimedio davvero!

Gli altri autori che ne discorrono, Horson, Pothier, Troplong, Bedarride, ecc., sono anco meno espliciti nelle loro conclusioni.

Digitized by Google

mercio, ai quali fosse accordata una porzione degli utili in retribuzione dell'opera loro.

415. *Del principio della solidarietà nelle società di questa natura. Le obbligazioni della società e dei soci nascono contemporanee; e le azioni che ne derivano si esercitano successivamente.*

416. *Dei firmatari eletti nella costituzione sociale. Essi concentrano in sè il potere dei singoli soci che non possono più obbligare i consoci colla loro firma.*

Limite nell'abuso tollerato dalla società.

417. *Del potere amministrativo in generale: estensione e limiti.*

418. *La delegazione della firma sociale, della direzione e gestione degli affari che ne consegue, può esser fatta ad un terzo non socio?*

Si risponde negativamente.

419. *Differenza che passa fra la nomina del firmatario-amministratore fatta nell'atto costitutivo della società, o in un atto posteriore.*

420. *Dei crediti del socio amministratore in seguito della sua gestione. Dell'esercizio delle sue azioni verso la società e verso i consoci, e come le obbligazioni personali di questi ultimi vanno a risolversi.*

421. *Dottrine per le quali si viene a stabilire*

Che i soci possono esser obbligati dal fatto del socio o gerente, benchè non abbia dichiarato di convenire in nome sociale;

Che la società può essere ritenuta la vera destinataria e proprietaria delle acquisizioni fatte dal suo gerente nel proprio e privato suo nome;

Che la obbligazione in nome sociale non vincola la società verso coloro che furono scienti dell'abuso del mandato fatto dal socio o gerente.

422. *Rivista delle dottrine esposte da* TROPLONG *su questa materia.*

423. *Riassunto e conclusioni.*

---

415. Tutto ciò che vi ha di più essenziale nell'organismo giuridico di una società in nome collettivo è in questo articolo; in questo fascio insolubile in cui tutte le persone dei soci si riuniscono e pressochè si confondono in un impegno comune. La solidarietà dei soci non ammette restrizione, non è temperata da veruna convenzione in contrario. È l'esercizio del credito nel più eminente grado, mancando quelle grandi cautele dei capitali accumulati che danno ad altre società commerciali una base reale; si può dire che le previdenze della legge per equilibrare così dispari condizioni sono infinite: i soci rispondono con tutto quello che posseggono o saranno per possedere; senza limite: si legano colla società si direbbe quasi in vita e in morte, e non potendo soddisfare alle di lei obbligazioni, per seppellirsi con essa in un fallimento comune (1).

Peraltro fra le persone dei soci e i creditori vi ha di mezzo una persona morale, la Società, la quale riceve il colpo delle loro azioni prima ch'esso vada a percuotere i soci nelle loro proprietà particolari.

Benchè le cose che siamo per dire non siano che sommamente volgari, tuttavia potranno sembrare non inutili, per una certa precisione di linguaggio; qualche volta un'idea nuova verrà compensando la noia.

Veramente la persona colla quale il pubblico commerciale si mette in rapporto, e colla quale contratta, è la società. Ente artificiale, soggetto immaginario di diritti, non avrebbe veruna consistenza obbligatoria, se le obbligazioni non venissero immediatamente a concretarsi sulle persone naturali che la compongono; ma qui bisogna distinguere l'obbligazione dall'azione. I terzi contrattando coll'ente morale e responsabile, accettarono primieramente questa responsabilità del corpo morale, e il volgere contro di esso le loro azioni n'è la conseguenza. « Un créancier, diceva « PARDESSUS, ne peut à son gré, sans avoir « dirigé aucune action contre la société, pour« suivre un associé pour le paiement d'une « dette ou pour l'exécution d'un engagement « social, comme si cet associé l'eût contracté « directement et pour son propre compte » (n° 1026).

Questa è verità. Nè solamente i credi-

(1) Vedremo a suo luogo che il fallimento della società trascina il fallimento personale dei soci.

Digitized by Google

tori della società esercitano di primo tratto le loro azioni contro di essa, ma non possono mandare ad esecuzione le sentenze contro i beni particolari dei soci senz'averne fatta esperienza sui beni delle società. Nella quale condizione di cose è naturale alla dottrina giuridica di chieder a se stessa come sia a definirsi una obbligazione reale, effettiva, solidale, siccome quella dei soci; subordinata nonostante e secondaria. Onde PARDESSUS vedeva in essa una specie di malleveria (1), ed altri la chiamano addirittura un'obbligazione sussidiaria (2).

L'idea della *malleveria* o *fideiussione* non può concepirsi, perchè i soci non possono essere mallevadori a se stessi, i veri e soli debitori. Quella della *obbligazione secondaria* può reggere nell'aspetto dell'*ordine*, dacchè si presentano due obbligazioni giuridiche distinte, l'una delle quali è colpita primieramente dall'azione dei creditori, e l'altra si esige in secondo luogo, cioè quando la prima non sia trovata sufficiente. Vero è che i beni della società sono beni dei soci, ma comuni, indivisi, accumulati o da anticipazioni che si sono fuse per formare un fondo alla società, o sono risultati dai proventi della negoziazione. È un vero patrimonio distinto da quello dei singoli soci, contro i quali i creditori devono esercitare le loro azioni sino all'esaurimento, prima di rivolgersi ai beni particolari dei soci.

In effetto i beni dei soci sono sempre *le gage* dei creditori, ma possedendo essi due sorta di patrimonio, uno generale, comune e propriamente sociale, e un altro particolare, lasciano il primo alle azioni dei creditori sociali, e dietro essi rispondono del proprio. Quindi è fermo in pratica, che la *stessa sentenza* che si è ottenuta contro la *società*, questa mancando, può essere eseguita sui beni particolari, totalmente, e a carico di qualunque dei soci, come conseguenza della solidarietà, e come se nella sentenza che condanna la società, fossero stati condannati i singoli soci: il che è vero a tutto rigor di termini.

Per passare all'esercizio delle azioni contro le persone dei soci, si dovrà forse stabilire che la società non può rispondere; che i suoi beni sono insufficienti?

Ma questo che è mai *se non il fallimento della società?*

Sì: è il fallimento della società; perchè o la società manchi all'onore delle proprie sottoscrizioni, o condannata per fatti contenziosi, non accorra a soddisfare il debito giudicato, e si mostri inabile a soddisfarlo, la società è fallita. Può adunque fermarsi il corollario — *che i soci di una società in nome collettivo rispondono delle obbligazioni sociali coi particolari loro patrimoni dopo il fallimento della società.*

416. Vi è bisogno di una firma *sotto la ragion sociale*, unicamente perchè non tutti i soci concorrono personalmente. Se tutti concorressero personalmente, la loro obbligazione sarebbe assunta in un modo materiale e comune, come nei fatti civili nei quali non si può obbligare assenti che non vi abbiano fornito procura a questo effetto. La ragion sociale *è il simbolo del mandato di ciascun socio* fatto al firmatario.

Ogni socio firmando *sotto la ragion sociale*, obbliga tutti i suoi confratelli come mandatario comune. È una limitazione del principio la nomina esclusiva di uno o più firmatari, eletti dal corpo sociale. L'idea della fraternità ha nel primo caso la sua vera espressione. La società è democratica: il suo cemento è la fiducia; quasi l'amore. Da questo, che si direbbe il diritto naturale delle società commerciali, qualche Rousseau che volesse dettare filosoficamente sul commercio, direbbe essenziale alla società e inviolabile che uno possa obbligar tutti, come tutti sono obbligati da uno. Peraltro la prudenza, la comodità, l'interesse della stessa società, la necessità infine ha suggerito di eleggere dei firmatari (3), che sono assunti al grado di amministratori o gerenti. In faccia a questi sparisce la facoltà dei singoli

(1) « La qualité des associés, sono sue parole, « dans ce cas, n'est pas précisement quelle des « simples codébiteurs, *elle tient beaucoup plus du « cautionnement;* et s'il n'est pas exact que le « créancier est tenu de discuter la société, avant « de poursuivre les associés isolément, au moins « il est sûr qu'il ne peut agir contre eux que « lorsqu'il a fait juger la vérité et qualité de la « dette contre la société » (num. suddetto).

(2) DELAMARRE e POITVIN, *Contr. de commiss.*, tom. II, num. 240; ALAUZET, *Comment.*, num. 150,

(3) L'articolo 22 del Codice di commercio francese non dichiara questo, ma era invalso, e tutti sentivano la convenienza almeno di una tale precauzione. Il Codice albertino lo ritenne nell'articolo 32, al quale il nostro articolo 111 è conforme. Nelle società assai ristrette, di tre o cinque persone, è possibile il metodo della firmazione comune; nelle numerose e miste, come soglion esser le commerciali, non è possibile.

HOASON, che fece degli studi sulla ordinanza dell'anno 1673, che non era più esplicita del suddetto articolo 22, osservava che il fatto era generale in commercio: dopo ciò i legislatori non hanno quasi bisogno di parlare.

Digitized by Google

soci; essi sono ridotti alla più completa inazione amministrativa; ed è un vero patto che si fa col pubblico, perchè ogni programma è una obbligazione per chi lo pubblica. Così esige l'articolo 159. Effettivamente i soci consentendo questa norma, nominando le persone dei gerenti, rinunciano al proprio diritto individuale, e ne investono dei mandatari destinati a raccogliere nelle loro mani la somma del potere amministrativo.

Vi è una gran mole di stima e di fiducia in un simile mandato; ed è chiaro che la sua forma è in tutta podestà della costituzione sociale. Qualche volta si stabilisce che qualche altro socio debba aggiungere, come a controllo, la propria firma; e tutto ciò è inappuntabile.

Malgrado il rigore che si attacca a simili disposizioni quando siano regolarmente pubblicate, di guisa che la società può rifiutare le obbligazioni che non siano state assunte sotto il presidio di quelle forme, interessa avvertire, che la società non può approfittare a danno dei terzi degli abusi dei propri ordinamenti ch'essa tollera e permette: ciò sarebbe contrario alla buona fede che anima tutte le istituzioni commerciali. Se un socio, quasi gerente di fatto, benchè non autorizzato dalla costituzione firmasse con pubblicità e frequenza cambiali, scritture di commercio, facesse atti nell'interesse della società di maniera da insinuare nel pubblico l'idea della sua autorizzazione, egli potrebbe, secondo circostanze di fatto da apprezzarsi dai Tribunali, obbligare la società (1).

417. Chi ha in mano il sigillo della società, il potere della firma, sembra un plenipotenziario senza limiti: conceder la firma è attribuire l'amministrazione, il governo dell'azienda sociale; non si può tuttavia ammettere che il firmatario di una società possa godere un potere illimitato e per così dire dispotico. PARDESSUS ci addita il criterio discretivo: è quello generale che discerne gli atti d'amministrazione da quelli di alienazione. L'amministratore non solo acquista e per tali acquisti impegna colla sovrana sua firma la società, ma vende altresì mercanzie d'ogni maniera, cede effetti commerciali, come l'amministratore agricola vende i prodotti del suolo senza eccedere i limiti del suo potere, anzi facendo atto positivo e necessario di amministrazione; nè gli è vietato dare in pegno o prendere a mutuo, nelle condizioni meno felici della sua gestione, secondo e non oltre il bisogno (2).

Io so che alcuni dei fatti che vengo accennando come contenuti nell'ordinario potere di un amministratore sociale, non passano senza contestazione. Ho accennato nella nota la conforme opinione di TROPLONG. Fra quelli che negano all'amministratore la facoltà di contrar prestiti, e vogliono per questo fatto una autorizzazione espressa, oltre gli autori indicati nella nota, puoi aggiungere DÉLANGLE (*Des sociétés*, n° 140) e una decisione della Corte di Douai, del 15 maggio 1844 (SIREY, tom. XLIV, part. II, pag. 403). Senza fermarci particolarmente sul mutuo attivo o passivo, ricordiamoci che siamo nei campi estesi della commercialità, e non poco ci dilunghiamo dalle norme più riservate del gius civile. L'ampiezza del mandato dell'amministratore è una necessità per rispondere ai bisogni che nascono e s'improvvisano da tutte le parti; non si può disputare passo a passo, a così dire, coi terzi il terreno della legalità; la persuasione di facoltà sufficiente ai bisogni della negoziazione, è in tutti quelli che contrattano col legittimo rappresentante della società: questa credenza comune è l'interprete più sicuro dei suoi poteri, perchè è la interpretazione della buona fede che genera il diritto.

L'amministratore rappresenta la società in giudizio nel cerchio delle questioni amministrative, senza bisogno di autorizzazione speciale (3).

Ma un'autorizzazione speciale è necessaria al firmatario-amministratore.

a) Per alienare capitali della società destinati a durare come fondo, corredo o istrumento della sua azione: i magazzini, le navi di proprietà, le macchine, i crediti ipotecari, ecc.

b) Per intraprender liti riguardanti non i fatti d'amministrazione, ma i diritti sostanziali della società; la sua esistenza, ed anche il modo della sua esistenza; il suo carattere, la sua estensione: e similmente per rappresentare la società nei giudizi passivi, di oggetto consimile.

c) Per condonare puramente e semplicemente, cioè senza una causa giustificata, o

(1) HORSON, tom. I, pag. 36; DÉLANGLE, *Des sociétés*, num. 239.

(2) « Videtur generale si pecunia accipiatur, ad » illud faciendum quod negotium spectat » (STRACCA, dec. 11). TROPLONG, *Des sociétés*, n° 684, il quale confuta DUVERGIER, n° 314, che con MALPEYRE e JOURDAIN sente diversamente.

(3) DUVERGIER, *Des sociétés*, num. 318; J. B. PARIS, num. 166; ALAUZET, *Comment.*, num. 159.

Digitized by Google

tutto o in parte il debito ai debitori della società.

d) Per recedere da contratti stabiliti dall'assemblea sociale; rinunziare ai diritti che ne derivano (1).

e) Per transigere e compromettere sui diritti sostanziali della società, e in generale intorno a materie non comprese nelle facoltà ordinarie di un amministratore.

Colle quali parole io affermo nell'amministratore la facoltà di transigere sulle questioni relative ai fatti dell'amministrazione. E sulla stessa linea è l'arbitramento; sono facoltà dello stesso ordine. Compromettere è transigere (2). Facoltà troppo necessarie ad ogni gerente: complemento, direi, del loro potere amministrativo (3).

Io ho assegnata alla buona fede, e alla interpretazione che suol darsi nel mondo commerciale ai poteri del gerente, una efficacia che sarebbe esagerata allorchè, oltrepassando i casi dubbi, si volesse invertire e, per così esprimermi, snaturare le sue ordinarie e consuete facoltà. Allora la buona fede cessa, avendo il suo limite nella coscienza giuridica che dev'essere in tutti, non esclusi i commercianti: anzi negli uomini d'affari segnatamente, soliti a riflettere sulle cose e comprendere, quasi per intuito, il diritto (4).

418. La delegazione della firma sociale, della direzione e gestione degli affari che ne consegue (5), può essere fatta ad un terzo, non socio?

Il Bédarride (6) ha delle buone ragioni per sostenere che la firma e la gestione sociale può essere affidata ad un terzo, non socio. Parte da un principio generale: chiunque può demandare ad altri ciò che non può fare lui stesso. Se i singoli soci possono rinunciare al diritto di amministrare, perchè tutti insieme, e d'accordo, non potrebbero rinunciarvi? Se niuno volesse accettare, come si farebbe ad imporgli l'obbligo di amministrare per conto comune? D'altra parte che importa la persona, sia uno dei soci, o un terzo da essi concordemente eletto? Si amministra sotto una *ragion sociale*, e con questo simbolo ogni individuo della società viene obbligato in cumulo, insolubilmente, e come se ognuno avesse data di propria mano la firma. Ecco raggiunto il fine: il credito pubblico è soddisfatto.

Alla obbiezione che fanno i giureconsulti contrari a questo sistema (7), poter i terzi essere indotti facilmente in errore, considerando il firmatario come un socio, e contando il suo nome fra gli obbligati, Bédarride risponde: che ciò è troppo vero se guardisi alle società di fatto, a quelle società che non si manifestano con pubblici annunzi: ma nella ipotesi attuale, tutta la colpa sarebbe dei creditori che non ebbero presente, o non ricordarono, o non vollero ricercare, come dovevano, le statuizioni sociali: ivi avrebbero veduto che il nome del gerente non era fra i soci.

Si può inclinare nella opinione di questo dotto e recente scrittore da quelli che vivono sotto l'impero del Codice di commercio francese, ma noi, italiani, dobbiamo rigettarla.

Noi abbiamo nelle nostre leggi la più evidente dimostrazione, non potersi quella grande facoltà deferire a persone estranee alla società.

Ciò è testuale nell'articolo 114, capoverso. — *Se nell'atto di società* UNO O PIÙ SOCI *sono autorizzati a firmare*, ecc. Nell'articolo 119 in fatto di società in accomandita *si parla dell'amministrazione generale commessa ad uno o più di essi* (soci); nel 124 IL SOCIO AMMINISTRATORE; nel 159 *l'estratto deve contenere... l'indicazione* DEI SOCI *autorizzati a reggere, amministrare e firmare in nome della società*. È impossibile resistere a tanti riscontri letterali, positivi, ripetuti con insistenza di proposito per far impressione.

Può sostenersi una libertà più estesa colle ragioni di Bédarride; non criticare il sistema

(1) Niuna facoltà è annessa alla qualità di amministratore per innovare sull'organismo della società, accettare o dimetter soci, liberarli dalle loro obbligazioni. Vedremo più avanti.

(2) Poichè su questo punto abbiamo oppositori Duranton, num. 485; Delangle, num. 148 e seg., giova ricordare i nostri alleati, Pardessus, *Droit commercial*, n° 1014; Malpeyre e Jourdain, p. 56; Paris, n° 755; Alauzet, *Comm.*, n° 139; Troplong, *Des sociétés*, n° 390.

(3) Dico facoltà necessaria. Questioni dappertutto; ora si pretende che il grano consegnato non è della qualità promessa; ora essendo la merce in ritardo, si rifiuta, e si allega un ribasso di prezzo: ora.....

(4) Vedi num. 421 e 422.

(5) Noi andiamo predicando che il delegare la firma è concedere l'amministrazione. Ciò è evidente: ma può anche concepirsi una divisione di poteri: dipende dai patti: credo inutile occuparsene teoricamente.

(6) *Des sociétés*. Commenti agli articoli 20, 21, 22, num. 142 e seg.

(7) Malpeyre e Jourdain, chap. v, sect. 9, § 2, pag. 124; Delangle, *Des sociétés*, n° 148 e seg.

Digitized by Google

preferito dal legislator nostro. Nell'interesse dei soci non è sperabile da gerente estraneo quell'alacrità, impegno, solerzia, diligenza che promette un gerente interessato, il quale cogli affari della società fa altresì i propri. Perciò sogliono scegliersi a tale incarico i soci di maggior polso e quelli che hanno più da perdere in un rovescio. I contraenti sono tratti naturalmente a vedere nel firmatario un socio, un coobbligato. La separazione delle persone giuridiche in chi tratta i primari negozi della società; la distinzione fra socio e mandatario disinteressato e salariato, quasi come i Podestà del medio evo che andavano a reggere città straniere, sono difficili a concepirsi; per questo appunto che il senso comune del commercio non ha obbligo di superare una tale difficoltà, la legge italiana, molto saggiamente, ha troncato a mezzo il problema colle sue letterali manifestazioni.

—

419. Meritano schiarimento quelle parole del capoverso — *se nell'atto di società* — *uno o più soci sono autorizzati*, ecc.

Invero vi ha una forte differenza fra la nominazione del firmatario e gerente *nell'atto di società*, o *in atto posteriore*.

La differenza è scolpita nell'articolo 1720 del Codice civile (1). « Il socio incaricato dell'amministrazione *in forza di un patto speciale del contratto di società*, può fare, non ostante l'opposizione degli altri soci, tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione (2), purchè ciò segua senza frode ». = *Questa facoltà non può essere rivocata durante la società* senza una causa legittima; ma se è stata accordata *con un atto posteriore al contratto di società*, è rivocabile come un semplice mandato ».

La nomina del firmatario-amministratore già di tanta importanza per se stessa, ne acquista una tutta speciale dall'atto primordiale. Essa vi rappresenta uno dei patti fondamentali della società, e fa parte del contratto. La società non si sarebbe costituita che in quel dato modo; quel socio o quei soci firmatari non vi concorsero colla potenza del loro credito, coll'ampia garanzia della loro solidità, se non alla condizione di recarsi in mano il governo dell'azienda sociale. È chiaro che la nomina posteriore è sempre di minor momento, stando nel fatto che la società si è costituita indipendentemente da essa, e quindi non ne ha fatta una condizione di esistenza. Pertanto il diritto d'amministrazione nel primo caso è *sostanziale*, quindi irrevocabile: *accidentale* nel secondo e revocabile dalla congregazione dei soci, che ha fatta la nomina del firmatario o amministratore. Tanto accidentale, che mancando questa nomina, ogni socio rientra *turmatim* nel diritto naturale della firma capace di obbligare in solido tutti i suoi colleghi (3). Vero è per altro che una società numerosa, come si disse altrove, non può camminare a questo modo, e ha sempre bisogno di personificarsi in uno o più gerenti.

—

420. Parlando dei rapporti di debito e di credito fra la società e il socio-gerente, si offre al nostro esame l'articolo 1756 del Codice civile. « Se il mandato è stato conferito da più « persone per un affare comune, ciascuna di « esse *è tenuta in solido verso il mandatario* « *per tutti gli effetti del mandato* ». Ma non si tarda a vedere che questo canone generale non ha applicazione dove l'amministratore sia esso medesimo un socio.

Il socio-amministratore è in credito di L. 60,000. Chi è il suo debitore? La Società. Se questo amministratore fosse un estraneo, la sua azione avrebbe campo spedito; la società deve soddisfarlo; dietro la società stanno i soci nella loro individualità tenuti in solido. È questa la posizione indicata nel citato articolo del Codice civile. Rimpetto al socio che amministra, la cosa può svolgersi sopra un piano diverso (4). La sua qualità di ammini-

(1) Si osservi anche qui dominare la stessa idea — del *socio* amministratore.

(2) Qui si pone un altro principio al quale abbiamo creduto superfluo di dare sviluppo; sendochè in effetto il socio amministratore, in forza del patto primitivo, amministra per un gius, che a noi piace di chiamar *sostanziale* (e ne vedrai la spiegazione nel seguito di questo numero); e i soci non possono opporsi al suo modo di amministrare se non si accusi di dolo e frode.

(3) Questo principio è stabilito nell'articolo 1723 nº 1 del Codice civile: « In mancanza di patti speciali sul modo di amministrare, si osservano le « seguenti regole: 1º Si presume che i soci siansi « data reciprocamente la facoltà di amministrare « l'uno per l'altro. L'operato di ciascuno è valido « anche per la parte dei consoci, ancorchè non « abbia riportato il loro consenso, salvo a questi « ultimi o ad uno di essi il diritto di opporsi alla « operazione prima che sia conclusa..... ».

(4) Ciò specialmente nelle società commerciali in nome collettivo: quanto alle accomandite, possono apparire altre combinazioni che vedremo più avanti.

Digitized by Google

stratore e la natura del credito derivante dalla gestione non immutano i suoi rapporti di socio, i quali permangono nelle loro naturali proporzioni. Vi è un caso nel quale il principio che deve applicarsi è quello dichiarato dall'articolo 1198 del Codice civile. « L'obbligazione contratta in solido verso il creditore « si divide di diritto fra i debitori; questi non « sono fra loro obbligati, se non ciascuno per « la sua parte ».

Fingiamo in mente le varie ipotesi.

Il credito del socio-amministratore è in condizione d'esigibilità, cessando l'amministrazione, il che può avvenire in varii modi; 1° se la società si discioglie naturalmente (1); 2° se l'amministratore rinuncia la sua gestione giustificando la causa (2); 3° se, colto dalla morte, i suoi eredi si fanno a promuovere le azioni di credito contro la società.

Se le azioni sono proficue contro il patrimonio sociale, è contro di esso che vengono esercitate. Ma l'ex-amministratore, o chi lo rappresenta, può egli chiedere lo intero suo credito di L. 60,000, come farebbe un estraneo? Ovvero essendo socio (3), o essendolo stato, deve imputare nel proprio credito il debito ch'egli avrebbe come socio? I soci sono in numero di dieci; ciascuno è in debito verso l'amministrazione di una quota di sei. L'amministratore non potrà chiedere che L. 54,000? Secondo me si deve rispondere che l'intero credito può essere domandato; e fra poco ne dirò la ragione.

È ben naturale che ciò non potrà accadere che in seguito di rendiconto che l'amministratore avrà dato alla società, liquidato ed approvato. Ma farebbe forse ostacolo la pendenza degli affari sociali; l'indivisione della sostanza, specialmente quando lo stato di società continua, e già è surrogato un altro amministratore? L'amministratore che dimostra il suo credito, cessata la gestione, non dev'esser rinviato a tempo indefinito, esposto alle varietà della fortuna. Con qual diritto la società si riterrebbe i capitali non suoi, mentre dalle somme versate in anticipo dall'amministratore essa ha già ritratto i profitti corrispondenti? Io dunque non ammetto opposizioni di quel genere (4).

In effetto, se i beni della società hanno potuto soddisfare il credito di 60,000 lire, siccome quello era sostanza comune, lo stesso socio amministratore che ne aveva un decimo in proprietà, ha pagato un decimo del proprio; ed ecco perchè io dissi che la sua azione era integralmente esercibile.

Ma si ponga l'altra ipotesi che la società non possa corrispondere coi propri mezzi al credito dell'amministratore; e che per non farla cadere in fallimento a disdoro e danno comune, si faccia luogo a giudizi di pagamento contro i consoci (5). Noi entriamo nel disposto degli articoli 1198 e 1199 del Codice civile. La solidarietà si scioglie in singolarità. Il socio creditore riscuote da ognuno la porzione singolarmente dovuta. Se alcuno risultasse non solvente, la perdita cagionata dalla sua insolvibilità si ripartisce per contributo sugli altri condebitori (articolo 1199, detto); il socio creditore vi concorre, diminuendo in proporzione il proprio credito.

—

421. La legge ha detto che tutti gl'impegni presi o dall'amministratore della società o dal socio, *sotto la ragione sociale*, obbligano i soci in solido: non ha detto il contrario: che cioè *l'impegno preso in proprio nome non obbliga che il soscrittore;* può sembrare una deduzione necessaria, una conseguenza: eppure la teoria non accetta la conclusione inversa come assoluta.

Poniamo intanto questa essere la regola — *personam contrahentium non egrediuntur contractus* — è l'ALAUZET che s'incarica di portarla ai suoi ultimi risultati ». Aucune difficulté ne peut exister *si l'associé a contracté « en son propre et privé nom*, la société ne « peut être tenue, même dans le cas où la « somme empruntée aurait été versée dans la « caisse sociale. *Le prêteur n'a pas d'autre « débiteur que l'associé qui a contracté avec « lui*, et qui a pu disposer à son gré de la « somme empruntée, soit en faveur de la so- « ciété dont il fait partie, soit en faveur de

(1) Se per fallimento, è d'uopo riportarci alla trattazione sui fallimenti. Non posso qui assumere il tema: dovrei allungarmi troppo, ed è necessario mettersi in relazione con altre idee, che solamente in quell'interessante trattato potranno essere sviluppate.

(2) L'amministratore costituito nell'atto fondamentale è impegnato egli stesso, e non può rinunziare a mero arbitrio.

(3) Come nella seconda ipotesi.

(4) Se l'amministratore in credito si è trattenuto per indennizzarsi somme o effetti della società, non era forse nel suo diritto?

(5) Si esercita sempre in primo luogo l'azione contro la società da un creditore qualunque della società; nè il creditore socio può sottrarsi a questa legge (Vedi il commento di M. PARIS, n° 769; DUVERGIER, n° 338).

Digitized by Google

« tout autre. Si la société a profité de la somme, ce n'est par elle cependant que l'emprunt a été fait; et elle n'avait pas à s'enquérir d'où provenaient les fonds qui ont été versés dans sa caisse. Les tiers donc ne peuvent en ce cas exercer contre la société que les actions de leur propre débiteur; cette opinion nous semble hors de toute controverse ».

Questa teoria contiene alcune proposizioni che non esitiamo a chiamar pericolose, nei termini con cui sono presentate.

Il nostro CASAREGIS, al cui nome anche l'alterezza degli stranieri s'inchina, fu il precursore d'una dottrina più temperata a ragione. « Socius socium non obligat nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale, *vel saltem ex factis circumstantiis aut subjecta materia illud argui poterit* (disc. 39, n° 13). Non è dunque una regola assoluta, imprescindibile che il socio o gerente, contraente nel solo e privato suo nome, non obblighi la società. Vi avranno dei casi, particolari diremo ed eccezionali, in cui la regola subirà *dalle circostanze dei fatti* una influenza impreveduta dal legislatore: e uno dei fatti più notevoli non sarebbe forse quello in cui si dimostri, che le somme che il gerente ha preso in prestito nel solo suo nome, sono state versate a beneficio della società?

La giurisprudenza francese ci presenta un gran numero di decisioni in questo senso e prima del Codice sotto l'impero della ordinanza (1), e dopo il Codice. Il versamento delle somme nelle casse della società, e l'impiego in operazioni proficterovoli che la riguardano esclusivamente, ha fatto dire che il gerente, checchè abbia dimenticato di aggiungere al proprio nome la formula rappresentativa (*ragion sociale*, o *gerente*, o simili), ha avuto però la intenzione di negoziare nell'interesse della società, non già nel proprio. Comprovato il fatto della erogazione immediata, diretta, delle somme percette dal prestito in opere sociali, in pagamento di debiti sociali; verificata in fatto la intenzione del gerente di agire come tale e non nel privato suo nome, si disse più volte il mutuante avere azione contro la società (2). Così la Corte di cassazione francese in due decisioni, del 28 agosto 1828, e 17 novembre 1835.

È una questione che offre due lati distinti. L'uno concerne l'*interesse dei terzi*, i quali sostengono che la società deve ritenersi loro debitrice, avendo con quest'animo negoziato col gerente di lei. L'altro concerne l'*interesse della stessa società*. È sotto questo punto di vista che la Corte suprema di Francia in altra sua decisione, del 19 agosto 1846, esaminò l'argomento dal lato inverso; e parve con ciò fortemente avvalorare la sua teoria equitativa.

Il gerente di una società commerciale in nome collettivo aveva acquistato un edifizio nel proprio nome, senza verun cenno di ragione o d'interesse sociale; nondimeno fu deciso che l'acquisto doveva reputarsi fatto per la società quando l'immobile fosse stato ceduto immediatamente agli usi della società (un magazzino per le merci), e risultasse pagato coi danari della società. La questione vertiva fra la moglie del gerente che pretendeva estendere la sua ipoteca dotale su quell'immobile, e fu respinta nella sua pretesa (3).

« Il suit (osserva BÉDARRIDE, n° 150) que cette jurisprudence faite de l'article 22 que, quelque substantielle que soit la raison sociale à l'endroit des obligations, devant rester à la charge de la société, *son absence n'est pas tellement décisive* qu'on en doive liberer les associés, ou leur refuser l'avantage que l'*exécution de traité* pourrait leur offrir ». Secondo questa teoria, la differenza consiste in ciò: che l'operazione fatta sotto il sigillo della segnatura sociale è assoluta nell'interesse della società, nè può ammettersi prova in contrario. La operazione commerciale (4), se non convenuta in nome sociale, si concede doversi in via di presunzione ritenere a conto e interesse personale del soscrittore; ma è una presunzione che deve cedere

(1) Cassazione francese, 11 nevoso, anno X; 23 frimaio, anno XIII; 30 luglio 1810; 21 agosto 1811.

(2) Il caso è del più grande interesse qualora il gerente, nel suo particolare sia caduto in fallimento; ai creditori non rimane altr'azione proficua che verso la società.

(3) *Journal du Palais*, 1847, tom. 1, pag. 84.

(4) Se la materia acquistata convenisse perfettamente al commercio sociale, e non convenisse affatto al commercio particolare del gerente, un tale argomento è dei più rimarchevoli a favore di questo sistema, come diremo nella conclusione. Ecco l'esempio. Un commerciante di stoffe, che ha nome *B. C.*, gerente di una società ferroviaria, che fa un contratto con dei fabbricatori di una città mercantile per l'impronto di seimila traverse ad uso di piantare la ferrovia, benchè non abbia sottoscritto che col nome *B. C.*, avrà avuto intenzione di acquistare le traverse per sè, mercante di stoffe, o di prosciutti, o di frutti secchi, e non piuttosto per la strada ferrata?

Digitized by Google

alla prova contraria, intendendosi per tale anche un complesso abbastanza convincente di indizi ed argomenti atti ad escludere la presunzione negativa prodotta dalla omissione della clausula sociale (1).

Questa teoria non esclude il principio che la società è responsabile verso i terzi dei fatti abusivi e dolosi imputabili al suo gerente. Abuso enorme sarebbe spendere la segnatura sociale per far debiti in proprio e soddisfare i propri personali impegni; ma il creditore (ove la sua mala fede non sia evidente) non pensa a questo: la divisa sociale lo difende, ed egli ha diritto di riconoscere per suo debitore la società (2). È la solita mercede di chi si elegge un mandatario infedele. Se il fatto suo è esteriormente regolare, ciò basta; il terzo contraente non va a scrutarne le intenzioni, non sorveglia la erogazione delle somme; il gerente ne renderà conto, ecco tutto: il commercio riposa su queste garanzie.

Si diceva or ora che vi poteva essere mala fede nel terzo, e complicità nei fatti dolosi del gerente; e allora costui non isperi nel patrocinio della clausola ch'egli ha fatto servire a suoi fini colla compiacenza dell'amministratore, forse suo debitore impotente. Le dirò colle parole di Bédarride: « C'est un mandataire « infidèle, appliquant à son profit ce qui lui a « été confié pour un autre destination; c'est « un tiers, qui ne pouvant pas ignorer l'abus, « se prête à sa consommation, et prétend en « profiter » (n° 164) (3).

422. Vediamo i fondamenti di quello che può credersi sistema contrario.

Troplong assume la dimostrazione di una tesi che dicesi assai controversa, con tale analisi critica dei contrari argomenti, apparato di autorità, e, diciamolo anche, con tale prolissa abbondanza, che bisogna in primo luogo studiarla nel suo libro (4). L'illustre autore ritiene di riprodurre i principii consacrati dal Diritto romano (5); combatte a lungo, e fortemente, e conviene aggiungere trionfalmente, una dottrina di Merlin (6), tutta fondata sulla Leg. 82 pro socio (7), alla quale opinione oppone Troplong quella del sommo fra gl'interpreti, il Cujaccio, che si applicò a speciale commento di quella legge; e altre pure gravissime del Fabro e del Felicius, autore del trattato classico *De societate;* e ritorce contro lo stesso Merlin quella di Voet. La Legge 82 (83) non concerne che relazioni da socio a socio, non da soci a terzi; il creditore che ha prestato a Pietro, socio di Paolo e di Giovanni, non ha prestato ai due ultimi; non ha azione verso di essi, comechè il danaro abbia profittato alla società.

Agli scrittori (8) che si fanno appoggio dell'azione *de in rem verso*, Troplong insegna quale sia la genesi di questa veduta speciale del diritto romano, e ne rimuove ogni applicazione possibile. Il socio, egli dice, che promette nel nome suo personale, non lascia travedere dietro di sè quasi da lui rappresentata la società, come dietro il servo o il figlio di famiglia si scorgeva il padrone o il padre. Ma di qual genere di società discorre l'illustre uomo in quella dissertazione interminabile? Egli parla sempre nella ipotesi di una società, come egli l'appella, *inconnue*, *impénétrable:* una società, come a dire in partecipazione, nella quale nessun vincolo comune, pubblico, conosciuto, lega i soci fra loro; laonde chi contratta colla persona del socio non può realmente contare che sul credito personale di lui e non sopra altri nomi; nè presupporre a se stesso una società, ente morale e giuridico che non apparisce.

A noi non interessa tanto di seguire l'infaticabile scrittore nella sua erudita scorreria, quanto di raccogliere quei risultati della sua dottrina che meglio si coordinano colle idee esposte nel precedente numero.

(1) Le poche osservazioni che seguono non sono forse del tutto necessarie nella questione che propongo, ma non ho voluto pretermetterle, e perchè poche, e perchè forse completano questo sistema.

(2) Cassazione francese, 11 maggio 1836.

(3) Intorno questo subbietto possono vedersi le decisioni della Cassazione francese, 11 maggio 1836; 20 aprile 1811, 22 aprile 1815, 7 maggio 1851 (*Journal du Palais*, 1851, tom. I, p. 115; Pothier, *Des sociétés*, n° 101; Rogron, *Com. expliq.*, art. 22; Casaregis, disc. 39, n° 12).

(4) *Des sociétés*, commenti agli articoli 1862, 1863, 1864 del Codice Napoleone.

(5) Non valendo a prova la citazione della Leg. 16 de reb. cred., e Leg. 27 de pactis, che sono troppo generali.

(6) *Question de droit*, v° *Société*, § 2.

(7) Fa spesso equivoco citare le leggi del digesto per serie anzichè colle iniziali, come usarono sempre gli antichi ripetenti. L'equivoco sarebbe alquanto maggiore dacchè i responsi che si leggono nelle Leg. 82 e 83 pro socio, sono amendue di Papiniano. È dunque la Leg. *Jure societatis* che in molte edizioni, e l'83ª, dice così: « Jure societatis « per socium ære alieno non obligatur, nisi in com« munem arcam pecuniæ versæ sint ».

(8) Duranton, tom. XVII, num. 449; Duvergier, num. 404; Malpeyre e Jourdain, n° 102 e 125.

Digitized by Google

Evidentemente nelle società commerciali in nome collettivo (1) vi ha qualche cosa che sposta, se mi si passa l'espressione, i percorsi criteri; ma io voglio apprenderlo dallo stesso TROPLONG, e così la mia dimostrazione sarà compita.

Io recherò anche una specie da esso indicata; specie ch'egli rimprovera a MERLIN come male scelta, come inapplicabile, e che mi giova ad illustrazione entrando del tutto nel mio soggetto (2).

A. e *B.* erano in società per commercio di bestiami. In fatto era stabilito che *A.* non aveva mai operato da solo, che *B.* aveva sempre agito *in nome collettivo;* che la loro società era notoria (benchè forse non pubblicata nelle forme), e si riteneva da tutti che ciò che *A.* faceva, il facesse per la società e col consenso e nelle viste di *B.* suo socio.

In tali circostanze di fatto, *A.* aveva sottoscritto, in suo nome particolare, obbligazioni aventi rapporto colla qualità di quel commercio, e *B.* pretendeva non esserne tenuto. L'autore condanna questa pretensione di *B.*, ed ecco come si esprime: « Dès l'istante qu'il été « prouvé que *A.* se donnait publiquement par « associé, qu'il contractait comme tel, *et que « les tiers avaient la juste opinion qu'ils ne « traitaient pas avec lui seul, mais avec la so- « ciété, il importait peu qu'il n'eut pas si- « gné en nom social. A.* avait donc agi en « nom collectif; la société n'était pas une « société anonyme; il n'avait pas d'associé « caché, inconnu; toutes les opérations étaint « collectives; en nom collectif y était at- « taché ».

Questa dottrina, che con piacere metto in rilievo, perchè confusa con altre materie, per così dire, non risalta; è pure confermata al seguente n° 781, nel quale sono ricordate due decisioni, l'una della Corte di Parigi del 30 luglio 1816, l'altra della Corte di cassazione francese del 26 marzo 1817.

H. era stato condannato a pagare in solido con *I.*, suo socio, certi biglietti che questi aveva sottoscritti; le materie acquistate erano precisamente di quelle che si consumavano pel loro commercio di fabbricazione di cristalli, cioè carbone: e fu posto in fatto che il venditore aveva seguito la fede del consocio *H.*

Era quella, dice TROPLONG, una società in nome collettivo.

423. *Conclusioni.*

Non essendoci permesso di portare più oltre le nostre osservazioni critiche, riassumiamo i tre problemi che si presentano:

a) Il gerente di società in nome collettivo può esso obbligare la società non avendo emessa la sua firma sotto la ragion sociale?

b) Avendo emessa la firma sotto la ragion sociale, rimane sempre e necessariamente obbligata la società?

c) Avendo fatta una operazione attiva ed in proprio suo nome, il gerente acquista incriticabilmente per sè; o può anche la società sostenere che l'acquisto deve ricadere a suo vantaggio?

Il modo con cui formoliamo queste proposizioni già dimostra ch'esse non rappresentano che limitazioni di regole preesistenti.

Alla prima ricerca rispondiamo, senza dissenso, anzi col concorso dei più severi assertori della individualità contrattuale = che una operazione di socio, molto più di gerente, in società commerciale in nome collettivo, può ritenersi obbligatoria alla società (3) sebbene non commessa sotto la ragion sociale, qualora sia stabilito, o che il creditore ha dovuto avere una legittima persuasione di obbligare la società; o evidentemente la operazione non era applicabile che all'esercizio sociale, ed è comprovato dal fatto. =

Alla seconda = che non si può dare alla regola una espansione senza limiti, che varrebbe approvare le frodi e le collusioni di un gerente che abusa della firma sociale a solo proprio profitto. Ma come questa proposizione ha dei confini assai delicati, essendo facil cosa ferire i più vitali interessi del commercio, non ammettendo come saldo principio che gli abusi del gerente ricadano sulla società che lo ha eletto, si restringe a dire, che il terzo non può invocare quella regola tutelare, qualora abbia giuocato di mala fede col gerente, conoscendo l'abuso di cui si rendeva colpevole. =

Alla terza = che la omissione avvertita della clausola sociale per attribuirsi degli acquisti reali che non potevano esser fatti che nello scopo sociale, e solamente con questo scopo possono esser stati ceduti, non giova al ge-

(1) Che io nella mia esposizione mantengo studiosamente separata dalle altre di accomandita e anonime, che devono contemplarsi sotto altri aspetti.

(2) TROPLONG, num. 780.

(3) Inutile il dire che bisogna far uso di termini facoltativi, non essendo però giudizio apodittico a *priori* quando si diparte dalla regola per entrare nel campo delle limitazioni che dipendono dalla qualità dei fatti.

Digitized by Google

rente; perchè non può esser giovato dal proprio dolo: non nuoce alla società per la quale in sostanza si è fatto l'acquisto; non nuoce ai terzi perchè non abbiano facoltà di promuovere le loro azioni contro la società, se per tali alienazioni restarono in credito (1).

Articolo 115.

I soci in nome collettivo non possono prendere interesse in altre società aventi lo stesso oggetto, senza il consenso degli altri soci.

Il consenso si presume, se l'interesse, preesistendo al contratto di società, era noto agli altri soci e non fu espressamente convenuto che cessasse.

Articolo 116.

I soci non possono fare operazioni per conto proprio o per conto di un terzo nella stessa specie di commercio della società.

Articolo 117.

Nel caso di contravvenzione alle disposizioni dei due articoli precedenti, la società ha diritto di ritenere come fatte per conto proprio le operazioni o di conseguire il risarcimento dei danni.

Tale diritto si estingue col decorso di tre mesi dal giorno in cui l'operazione venne a notizia della società, salvo inoltre il disposto dell'art. 124.

424. *Osservazioni critiche sull'articolo* 115. *Quando s'intenda esservi* lo stesso oggetto; *interpretazione ristrettiva che deve assumersi in ragione della esorbitanza di quella disposizione.*
425. *Difficoltà di stabilire la identità dell'oggetto commerciale in quelle società che non hanno uno scopo determinato.*
426. *Sul capoverso dell'articolo* 115. *Obbiezioni che produce: soluzioni.*
427. *Esame dell'articolo* 116, *anche in relazione al socio d'industria.*
428. *Analisi ed applicazione dell'articolo* 1712 *del Codice civile, riguardante l'obbligo del socio di conferire alla società in misura proporzionale i pagamenti che riscuote in nome suo particolare dal proprio debitore, che è pure debitore della società per titolo ugualmente esigibile.*
429. *Considerazioni sull'articolo* 117, *e delle azioni spettanti alla società, in caso di contravvenzione ai precetti stabiliti nei due precedenti.*
430. *Azione per risarcimento del danno. Legalità ed efficacia di questo mezzo sopra gli altri nuovamente ideati.*

---

424. La Relazione ministeriale mostra la importanza che si è attribuita alla novella disposizione dell'articolo 115, essendosi aggiunto: « Sull'esempio della legge germanica, « il divieto ad un socio di prender parte con« temporaneamente di due società aventi il « medesimo oggetto, salvo il consenso tacito e « espresso dei consoci; » ciò nell'intento d'im« pedire che un socio venga allettato a tra« dire gl'interessi di una società per ottenere « maggiori vantaggi in un'altra ». Non si può spiegare più chiaramente lo scopo della legge.

Sarà una eccellente disposizione, se vuolsi; ma temo non passerà senza dubbiezze quella condizione negativa *di prendere interesse in altra società*, consistente nella *identità dell'oggetto.*

Allorchè gli oggetti sono diversi, sembrano calmarsi le paure del legislatore. Il commerciante *C.* ha stabilito con *F.* e *G.* una società

---

(1) Un bello e pratico e storico esempio abbiam visto al num. 421. Il venditore può essere rimasto creditore di tutto o di parte del prezzo.

Digitized by Google

di commercio per lo scavamento d'una miniera e la vendita dei prodotti. Se lo stesso *C.* viene ricercato, da altre persone, s'intende, di pigliare insieme la impresa delle ferrovie meridionali, potrà farlo, perchè sono due imprese che non hanno attinenza veruna nè di mezzi nè di fine: ma se si trattasse di due società ferroviarie, il sig. *C.*, dopo essersi messo nella prima, non può far parte di una seconda senza il consenso dei consoci. Io propongo un caso ove la identità dell'oggetto (1) è meglio rappresentato, ed anche gl'inconvenienti della duplice speculazione si fanno più palesi. Le diverse società ferroviarie dividendosi lo stivale, talvolta vengono a cozzo fra loro; ed uno dei pericoli morali pel socio di appartenere a due, può consistere piuttosto nella contrarietà che nella conformità degl'interessi. Il socio costretto a scegliere fra due amori, ossia fra due interessi, potrà bilanciarsi fra le due imprese, e prendere un partito opposto dove c'è meno guadagno, e favorire quella parte ove il lucro o l'ambizione, o altra ragione qualunque lo sospinge. Ma siccome la legge suppone un pericolo anche in altri casi nei quali non è possibile immaginare l'urto e il cozzo di contrari interessi, bisogna ben ammetterlo questo pericolo, riferendolo all'obliquo procedere del socio, che facendo parte di due o tre imprese di manifatture, cercherà di abbassare il credito dell'una per sollevare quello dell'altra; a quella procurerà i migliori affari e le materie prime di più eccellente grado, mentre a questa non farà pervenire che gli scarti, o la terrà in disagio di mezzi: *e così tradirà gl'interessi dell'una per ottenere maggiori vantaggi dall'altra*, secondo le previsioni della Relazione ministeriale.

Io dividerò adunque cotali timori *di tradimento*, sebbene chi è socio in due imprese sembri dover desiderare la prosperità di amendue, anzichè il trionfo dell'una sulla rovina dell'altra: il duplice interesse dovrebbe far equilibrio: ma si risponde che forse l'interesse sarà disuguale, e il socio, che supponiamo un fine utilitario, s'inchinerà dal maggiore: e sia. Qualcuno anche dimanderebbe in via di schiarimento perchè un socio di due società, rivali in credito o fortuna, che sta alla vedetta per *tradir* l'una o l'altra, non possa farlo, ancorchè l'oggetto della loro speculazione sia diverso: ma qui pure si replicherà che, maneggiandosi le stesse materie, le occasioni e le tentazioni saranno vieppiù pressanti. Accordiamo anche questo.

Restringiamoci nel gius costituito. Cosa intendesi per *oggetto*. La natura e qualità dell'impresa: la materia o la forma? Due società di commercio stabilite per la coltivazione di miniere e traffico dei prodotti, si diranno avere *lo stesso oggetto materiale* se sono entrambe miniere d'argento; se una di queste gettasse rame o ferro, non sarebbero oggetti diversi? Due imprese di manifatture avrebbero *lo stesso oggetto*, se quella lavorasse i cappotti e i calzoni per l'esercito, e questa si travagliasse intorno la fabbrica di vetri e stoviglie? Ossia: havvi identità di oggetto allorchè si assumono imprese dello stesso genere, benchè nel soggetto materiale, e nella qualità e ragione dell'esercizio diverse? Fingiamo imprese di fabbriche e di costruzioni: ma nella società *a b* si dà opera a costruzioni cittadine, a edifizi teatrali e di spettacoli: nella società *b c* si fanno lavori idraulici; si fa la scavazione di un porto, per esempio quello di Brindisi, che ne ha tanto bisogno.

Un Tizio qualunque, commerciante di grande attività o di gran danari, che si è messo in una società di fabbricazione per la nostra capitale, più o meno provvisoria, accedeva ancora all'altra eretta per la ristaurazione del porto di Brindisi. Ebbene, in virtù dell'articolo 115 sarà egli espulso da questa seconda società, *quasi avente lo stesso oggetto?*

Poichè io sono forse il primo a risolvere una tale questione, risponderò come mi detta il senso, che, a parlar seriamente, non si compiace di questa che già siamo avvisati essere importazione straniera. Io vi trovo il principio di libertà sagrificato al timore di un delitto, al timore di un *tradimento* (parola ministeriale). Io lodo e approvo tutte le cautele che gli avveduti legislatori vanno cumulando a frenare in ogni miglior modo gli abusi delle utili istituzioni; ma io non concedo che le istituzioni siano, a così dir, mutilate, per lo remoto timore che possano anch'essere abusate (2). Se un socio di cattiva lega agirà dolosamente coll'una o coll'altra società cui appartiene, sarà punito: le leggi rispondono a tutto: ma stabilire la privazione della libertà sulla presunzione di un delitto, ripeto, non mi sembra cosa di questo tempo.

(1) In largo senso, ed è chiaro: poichè come le società sono diverse, non possono avere un oggetto identico, ma consimile ed analogo.

(2) Così la stampa si assoggettava alla censura preventiva per lo timore dell'abuso: qui vi è di peggio: vi è la proibizione in principio.

Google

Stando adunque in tali disposizioni, io restringo la interpretazione dell'articolo 115 nei suoi minori termini possibili. Io dirò che vi è identità di oggetto quando e la impresa sia dello stesso genere e della stessa specie, e cada su materiali di natura conforme, e così presso a poco si confondano nel loro esercizio. Ma essendo questa legge più facile a criticarsi che a difendersi, alcuno osserverà che per realizzare veramente un simile pericolo, si converrebbe che il socio fosse anche amministratore.

425. Un'altra e maggiore difficoltà per l'applicazione di questa legge. Posta nel titolo *delle società in nome collettivo*, non si estende ad altre società. Ma è forse necessario che le società in nome collettivo abbiano un oggetto determinato onde a colpo d'occhio sia dato misurarne l'identità per escludere o ritenere il socio?

Una società commerciale in nome collettivo (1) non ha per necessità nè per propria natura un oggetto specifico e distinto. Si tratta *di esercitare un commercio sotto una ragion sociale:* ecco tutto. È vero bensì che in commercio non si concepisce una vera *società universale*, come in affari civili; e l'art. 1702 del Codice civ. non può avere la sua più estesa applicazione (2). Ma ritenuta la varia indole e materia degli affari commerciali, anche una società in nome collettivo può offrire un carattere d'universalità. Qui si dirà che il sig. *A.* e il sig. *B.* essendosi impigliati in una società di questa maniera, non possono più partecipare ad altre, e si ammette (3). Suppongasi però una società generica, quantunque limitata. Una società di speculatori si è unita allo scopo d'intraprendere in comune tutte quelle operazioni commerciali che si stimeranno di convenienza nel giro dell'Italia superiore. *Quæritur* se l'articolo 115 faccia impedimento onde uno dei membri di questa società non possa entrar socio della Banca nazionale avente sede in Napoli, o anche avente sede in Milano, o debba respingersi per lo timore *di un tradimento*! Forsechè dei possenti banchieri, dei capitalisti a forma Parodi, Fenzi e De Ferrari, ce ne sono dappertutto, affinchè si possa, quasi scherzando, dire che se fanno parte di una società, non possano far parte di un'altra perchè *ha lo stesso oggetto:* se sono soci in una banca di Milano, non possono esserlo in una di Napoli? (4).

Io che penso al mal ufficio che questo duro precetto farà al commercio, vengo preparando colle mie osservazioni ristrettive, e anche un po' colle mie critiche, un posto angusto alle sue applicazioni *ut minus noceat.*

426. Il capoverso dell'articolo 115 ci mette in un altro imbarazzo. Il consenso che i soci devono prestare onde il consocio sia autorizzato a far parte di un'altra società, sarà individuale o collettivo ed a maggioranza? Ci atterremo alla regola assentata nelle deliberazioni collettive: e diremo alla maggioranza (5): Se il capoverso avesse detto semplicemente = il consenso si presume prestato quando il socio che fa parte di una società di tempo anteriore è accettato in un'altra società avente lo stesso oggetto = almeno sotto questo rapporto si avrebbe della chiarezza; la notizia di una società precedente sarebbe presunta. Ma no, *il consenso si presume* — quando il precedente impegno *è noto agli altri soci*, e nondimeno si accetta in socio senza imporgli condizione ristrettiva.

Notate più cose in questo proposito.

Il consenso *si presume*, dunque non è positivo e certo; e un bel giorno, nel fervore degli affari sociali, uno dei soci o la società (lo vedremo in breve) potrà intimargli la esclusione, mentre si può provare con mezzi testimoniali,

(1) Le altre società commerciali tendono di più a specificare il loro oggetto, attesa la natura della loro impresa. Alle società, o associazioni, in partecipazione l'oggetto dagli anteriori Codici si volea determinato: la particolarità era il loro carattere: ora sembra abbandonato questo criterio: argomento grave che sarà trattato a suo luogo.

(2) « La società universale dei guadagni comprende tutto ciò che le parti saranno per acquistare colla loro industria, per qualsivoglia titolo, durante la società; i beni sì mobili come immobili che ciascuno dei soci possiede al tempo del contratto, non sono compresi nelle società se non per esser goduti in comunione » (articolo 1702 del Codice civile).

(3) È manifesto che coloro che hanno stabilito fra loro società *di tutti gli affari commerciali* non hanno più materia per costruirne delle altre.

(4) Si dirà forse che i consoci daranno il consenso. Ma noi esaminiamo la legge in se stessa, e gli ostacoli con poca ragione opposti alla libertà del commercio. I soci potranno anche negarlo il consenso. Vi sono delle rivalità molto facili delle quali bisogna tener conto: dei fini esclusivi ed egoistici: e andando avanti, si potrebbe trovare che gl'inconvenienti si addossano piuttosto da questo lato da quell'altro.

(5) Ciò deve applicarsi nel caso vi sia una deliberazione, poichè allora si avrà il consenso espresso; non quando uno è accettato *simpliciter* coll'atto costitutivo: il nostro articolo dice che questa non è che una *presunzione di accettazione*.

Digitized by Google

colla corrispondenza, ecc., che il socio *F.* e il socio *G.* hanno sempre protestato per non volere fra i piedi quest'uomo che è colpevole di far parte di un'altra società commerciale.

Se l'interesse preesistendo al contratto..... L'interesse? Ma basta dunque un *interesse qualunque* in altra società per escludervi? (1) In un'altra società voi non siete che un capitalista, un sovventore, un creditore di quella società? Ebbene: avete un *interesse* innegabile nella prosperità di quella; voi dunque portate nella nostra società un interesse opposto che potrà farvi declinare dai vostri doveri di socio! Per la verità diremo che la parola *interesse* sfuggita nel capoverso è inesatta: chè dovrebbe sempre intendersi *socio* e non semplicemente *interessato*, in relazione al primo periodo dell'articolo ov'è scritto — *i soci*, ecc.

Ancora. *Era noto agli altri soci.* L'accettazione adunque in una seconda società, l'iscrizione del vostro nome nei suoi atti primordiali, la pubblicazione, sono tutte cose vane e nulla concludono, *se non era noto* ai vostri novelli soci che voi siete un recidivo, cioè avete già il piede in un'altra società dello stess'ordine; se insomma siete stato ammesso senza la precisa e specifica scienza della vostra precedente associazione. Ma intanto la scienza *si presume* o no? Il socio che vuole ripudiarvi, non avrà altro a dire fuorchè *io ignorava:* a voi spetta provare che io lo sapessi. Abbiamo il principio *scientia non præsumitur* (MENOCHIO, *De præsumptionibus*, lib. VI, præs. 23). Ma qui una distinzione: se la società fu pubblicata in luogo prossimo, o in luoghi ove i contraddicenti avevano affari, e corrispondenti ed amici vi erano pure cointeressati, ecc., potrà presumersi la scienza; altrimenti no, e il socio inutilmente accettato, dovrà subire la esclusione, o le conseguenze *ad pœnam* imposte nell'articolo 117.

—

427. *Sull'articolo* 116.

Questo articolo contiene una buona regola di giustizia, osservata dagli onesti commercianti, anche tacendo il precetto legale. Chi si dedica a quella famiglia che si appella società, deve dirigere i propri sforzi personali a vantaggio di quella, e non mettere in concorrenza, e quasi in opposizione, i propri vantaggi ai suoi. Se mentre la società fa un attivo commercio di riso, che è uno dei rami al quale si applica principalmente, voi aprite una negoziazione consimile per conto vostro o di un vostro amico qualunque, voi (se ne siete il gerente) vi ponete comodamente in questa posizione: che i cattivi affari di riso che farete sono per la società, e i buoni saranno per voi, e invece di secondare a vostro potere i comuni vantaggi, sarete sempre pronto a sacrificarli al vostro individuale interesse.

In realtà in una società in nome collettivo non solo si conferiscono dei capitali; ma non essendo esclusivamente fondata nel capitale, si ha diritto di pretendere sino a un certo punto, e purchè non si esageri questo diritto, il concorso personale: o almeno si può a tutta ragione pretendere di non trovare nel cammino un ostacolo in voi, socio, al progredimento della società.

Questo punto assai delicato e assai difficile a determinarsi, e che l'articolo precedente ha stranamente esagerato, rientra nei suoi giusti confini nel presente articolo 116. Vi sono due aspetti molto diversi sotto i quali può considerarsi l'obbligo di un concorso personale attivo, e quello che chiameremo obbligo negativo, di non offendere cioè gli interessi della società con fatti contrari.

Nel primo caso *è il socio d'industria.* « I « soci, spiega l'articolo 1711 del Codice civile, « che si sono obbligati d'impiegare per la so« cietà la loro industria, *debbono tener conto « di tutti i guadagni fatti con quella specie « d'industria, che è l'oggetto della società* ».

Questa posizione che si verifica anche più ampiamente nelle società commerciali che nelle civili, crea nel socio d'industria un istrumento di attività, quasi macchina, che lavora per la società e unicamente per essa: le opere che deve prestare, sogliono dichiararsi nell'atto fondamentale. Ma quand'anche non si dedichi tutto l'uomo alla impresa sociale, noi vediamo ricadere, per un principio scritto in legge, alla società quel guadagno ch'egli facesse nel ramo di commercio al quale la impresa ha uno speciale indirizzo.

Quell'ordinamento che ci risulta dall'articolo 117 deve pertanto intendersi senza pregiudizio di quanto dispone l'articolo 1711 del Codice civile il quale contempla una condizione più rigorosa: quella nella quale il socio ha consacrato alla società l'opera propria che suol tener luogo per lui di fondo sociale, laddove il Codice di commercio considera la relazione di socio in generale, non in quanto egli presti un'opera attiva, ma solo in quanto

(1) Ma quale sia l'effetto della contravvenzione si spiega nel nostro num. 429.

Digitized by Google

non abbia a far cosa che torni a nocumento della società.

Perciò non è illecito al socio esercitare una industria diversa, egli non rende conto che della industria promessa (1); ma deve le altre sue opere, gli altri suoi fatti personali, condurre onestamente e colla buona coscienza di non mancare ai suoi doveri di socio.

—

128. È una singolare disposizione quella dell'articolo 1712 del Codice civile, e da non isfuggire ad un esame alquanto approfondito di questa materia.

« Se uno dei soci è creditore per suo conto « particolare di una somma esigibile verso « una persona che è pure debitrice alla so« cietà di una somma ugualmente esigibile, « deve imputare ciò che riceve dal debitore al « credito della società e al proprio nella pro« porzione dei due crediti, ancorchè colla qui« tanza avesse fatta la intera imputazione al « suo credito particolare; ma se ha dichiarato « nella quitanza che la imputazione è fatta « interamente al credito della società, questa « dichiarazione ha il suo effetto » (2).

Primieramente questo articolo, tratto dal Codice civile, è applicabile a società commerciale? Niuno ne dubita: il piglio, dirò così, la forma dell'articolo, prova anzi ch'esso dovrà ricevere in società commerciale la sua più diretta applicazione.

È dunque a questo luogo che a noi spetta di esaminarlo, ivi determinandosi con esempio specialissimo il vincolo che nasce da un rapporto sociale.

L'articolo 1348 del Codice Napoleone, che abbiam detto esser identico, fu segno di osservazioni critiche di Troplong, che per la loro importanza vogliono essere richiamate (3).

Lasciamo stare che il redattore del Codice non preferisse piuttosto di generalizzare la idea, di fermare in qualche principio fondamentale la regola della mutua e fraterna azione dei soci anzichè dettare un caso che ha l'aria di un corollario di principii non enunciati. Lo spirito della disposizione si è, che non dovendo il socio far alcun atto oppositivo all'interesse della società in vista del proprio individuale interesse, ma, per quanto è possibile, far opera di conciliarli, si è voluto regolare un caso nel quale molto facilmente il socio avrebbe anteposto il proprio, legittimo del resto e ragionevole. La ipotesi ivi preveduta, che in origine è un avvedimento di Pothier, tolta dalle opere di quell'illustre precursore dei moderni Codici, si fa chiara coll'esempio. La società è creditrice di Tizio per lire 9000 scadute ed esigibili. Caio, uno dei soci, è creditore nel suo particolare dello stesso Tizio per L. 3000. Caio riscuote da lui questa somma; la legge gli divieta di ritenerla intera, e deve versare nella cassa della società lire 2000, non serbando che sole lire 1000 per sè, ossia il terzo; sendochè la società aveva un credito superiore di due terzi al suo.

È questa la volontà del legislatore: è un caso speciale da lui deciso: non c'è che dire.

Ecco le osservazioni critiche di Troplong.

Egli suppone che la società sia organizzata in accomandita, e che l'accomandante sia il creditore particolare di Tizio, debitore altresì verso la società. L'accomandante non dovrà per certo sottoporsi a tale imputazione, per lui dannosa, onde giovare ad una società verso la quale non è stretto da vincoli personali.

È vero: l'articolo 1712 non è applicabile al semplice accomandante. Non così quanto al socio personale in società mista di accomandita.

Osserva inoltre l'eloquente magistrato che, allorquando la società si è dato un amministratore, un gerente che concentra in sè il governo delle cose sociali, « le concours individuel (ho « bisogno di dirlo colle sue parole) a été sup« primé par la constitution de la société; il a « été remplacé par un pouvoir concentré dans « un seul gérant..... *l'associé non administra« teur a été dispensé d'agir dans l'intérêt de « la société* ». Per conseguente, non essendo il socio non amministratore tenuto a stipulare per l'interesse sociale, non deve imputare una parte del pagamento sul credito della società. Egli ne ignora la esistenza (4); e quando non la ignorasse, *ce n'est pas sous sa garde qu'on a voulu la placer*. La sua buona fede è intera, la sua diligenza inappuntabile; egli se ne sta al suo posto. L'articolo 1848 è fuori di applicazione, escluso dalla forza del patto costituzionale (Troplong, n° 558) (5).

(1) Troplong, *Des sociétés*, num. 548.

(2) Copia fedele dell'articolo 1848 del Codice Napoleone.

(3) *Des sociétés*, num. 551 a 559.

(4) Non avendo mano nell'amministrazione.

(5) L'autorità già così rispettabile di Troplong sarà maggiormente confortata da quella di Pardessus: « Les autres associés ne peuvent s'immiscer « dans l'administration, *et par conséquent ne pourrait « leur appliquer ce que nous avons dit au* n° 1016 « *de l'obligation où est le gérent d'une société* d'im« puter proportionnellement sur la créance de la

Io accetto questa interpretazione: essa è conforme ai miei principii, confessando nondimeno che bisogna forzare alquanto la lettera della legge. Ma forse le parole stesse dell'autore desiderano schiarimento, ove dice che il socio *è dispensato dall'agire nell'interesse della società* una volta che ci sia un amministratore che concentri in sè tutta la rappresentanza sociale. Il socio non si rimane giammai in una posizione passiva dirimpetto la società, quantunque senza ingerenza nell'amministrazione. Il suo spirito è colla società; i suoi voti l'accompagnano; la sua sorveglianza continua; i suoi passi non possono essere che nella stessa direzione, ed anzi, moralmente parlando, non contento a sterili voti, deve procacciare il bene dei suoi confratelli, per quanto egli possa. Ma siccome è anche persona che ha i suoi propri affari, un suo proprio patrimonio, e appartiene forse ad un'altra associazione, *non è poi obbligato a subordinare il proprio all'interesse della società. Dummodo non obstet:* e questa parmi locuzione che esprima esattamente il concetto.

Così ciò che vi ha di compressivo nell'articolo 1712 del nostro Codice civile, è temperato dal razionalismo della interpretazione. Il socio che non ha presieduto a formare il credito sociale, perchè non potrà esigere liberamente dal proprio debitore, che è pure un debitore della società? Si potrebbe trovare il lievito della frode nell'amministratore che ha creduto nel sig. *A.* per l'interesse sociale, e non vuol credergli nel proprio, e si affretta di ricoverare intanto il proprio credito, mosso da un certo sospetto della prossima insolvenza del debitore.

TROPLONG fa un'ultima osservazione. Come potrete voi imporre, egli dice, al terzo pagatore di estinguere più presto un debito che l'altro, ove, suppongasi, egli abbia un vero interesse d'imputare il pagamento *in causam duriorem*. Il suo debito con *B.* (ch'egli non sa o poco gl'importa sapere essere uno dei membri della società), quel debito, si diceva, è il più urgente; parte da un titolo che produce arresto personale; ha annessa una cauzione ipotecaria: quello verso la società può esser pagato più tardi e con perdite minori. È possibile che i rapporti giuridici fra il mio creditore e me non siano quelli che sono definiti in ragione (articolo 1255 del Codice civile), e che io non possa invocare il mio diritto d'imputazione nella causa più grave, solo perchè il mio creditore ha delle relazioni d'affari con un altro mio creditore? Se io voglio pagare questo debito d'urgenza, che si può anche immaginare un debito d'onore, la restituzione di un deposito per esempio, volontà che ho manifestata portando il mio danaro a *B.*, anzichè alla cassa sociale, perchè mi sarà impedito?

Queste ragioni difatti sono evidenti rimpetto al debitore: ma a me pare che i nostri maestri che dichiarano in conseguenza la inapplicabilità della premessa legge in casi consimili, non abbiano osservata tutta la questione.

Il creditore dimesso avrà fatto o farà la sua quitanza al debitore, che ne ha il più chiaro e incontrastabile diritto; nulla difatti più assurdo quanto pensare che il debitore sia costretto di ritirare due ricevute, una parziale dal creditore soddisfatto, ed altra pure parziale della società che non ha voluto soddisfare; così trovandosi aver pagato una parte di amendue i debiti, e niuno per intero. No: la cosa non può stare in questo modo. Io ritengo che se i crediti erano uguali, se al pagatore era indifferente pagare quello della società o quello del socio, se il socio ha rilasciato quitanza pel debito sociale, è applicabile alla lettera l'ultima parte dell'articolo 1712. Fuori di questo caso il pagatore ritira la sua quitanza dal creditore soddisfatto; ma potrà aver luogo un regolamento fra la società ed il socio. Il socio, nella ipotesi di sopra esemplata, pagherà il suo contributo; dovrà cioè versare L. 2000 nelle casse della società, e ciò senza incomodo o intervento del debitore (1).

—

429. *Sull'articolo* 117.

Se i due precedenti ci hanno dato briga, questo non sembra di più facile accesso.

Le disposizioni risultanti dagli articoli 115 e 116, che nel nostro modo di vedere sono molto dissimili, qui sono parificate, almeno nella penalità che deriva dalla loro violazione. La società avrebbe la facoltà alternativa, o *di ritenere come fatte per conto proprio le operazioni, o di conseguire il risarcimento dei danni*. Nel rispetto dell'articolo 116 non vi ha una vera difficoltà, che d'altra parte si manifesta moltiplice in ordine all'articolo 115.

« société et sur le sienne propre, ce que lui aurait payé un débiteur qui était redevable envers lui
« d'une somme exigible, et qui en devait aussi une à la société » (*Droit commercial*, nº 1018). Ag-
« giungi DUVERGIER, nº 311.

(1) A questo risultato conduce anche l'esame del seguente articolo 1713.

Del quale ragionando al n° 424, io partii spesso dalla idea, che le parole non *possono prender interesse in altre società*, valgano quanto dire che non si può appartenere simultaneamente a due società *aventi lo stesso oggetto*; e ciò nell'interesse di quella società nella quale voi siete entrato dissimulando la vostra precedente aggregazione. Io dunque ritenni e son fermo nel ritenere che la seconda società nella quale vi siete intruso, possa espellervi; quasi bigamio, dopo avere sposata un'altra società. Dato, come disse la Relazione ministeriale (nella quale deve riflettere chiaramente il senso della legge), il *pericolo del tradimento*, la seconda società, già ingannata nel vostro ingresso, non può patire di albergarvi nel suo seno, alimentando un nemico occulto (1). Questa società non può certo contentarsi di sorvegliarvi, di sorprendere le operazioni che fate nell'interesse della prima società, e di arrogarsene il diritto: fastidio enorme e vano fors'anche, mentre non tutte le operazioni sono visibili e concrete; vi sono tanti modi per nuocere, quello per esempio di accreditare una società, minando l'altra con sorde preoccupazioni; votando nelle assemblee col proposito di far cadere quella delle società che vi è meno simpatica: tutte cose assurde: ma tutte cose che sgorgano dallo strano concetto dell'articolo 115. Dico adunque che il diritto di espulsione esiste, ove ad una delle due società non si rinunci, e quindi le penalità dichiarate dall'articolo 117 non sono le sole conseguenze che derivano dalla disposizione dell'articolo 115 (2).

Ma sendochè l'azione di espulsione è nel diritto dei soci, e vi si può rinunziare anche tacitamente, vediamo come si eserciti il diritto di appropriarsi le operazioni fatte dal socio. Certo niuno sarà per credere che la società abbia il potere d'intercidere l'operazione fatta dal socio e di volerla come stabilita dalla società medesima in faccia a terzi che vi hanno convenuto. Paolo, membro di una società che fa il commercio dei cotoni, agendo quale commissionario intermedio, si è incaricato di ritirare un carico di quella merce da una nave arrivata o che arriverà al porto di Genova proveniente da Santiago; e di farne la rivendita, avendo intanto assunte delle accettazioni cambiarie dello speditore americano, in parte anche soddisfatte e in parte a pagarsi: stando così le cose nel momento che la società alla quale Paolo appartiene si è accorta di questa operazione ch'essa reputa lesiva del proprio commercio. Forse la società potrà surrogarsi a quella operazione nel suo moltiplice lavoro e nelle varie sue fasi? Entrerà forse in ballo dicendo allo speditore d'America, e ai creditori delle cambiali, io sono la compratrice; a me tocca rivendere il cotone e conseguirne il valore in prezzo; a me pagare le accettazioni? Tutto ciò sarebbe di una proverbiale stranezza. Adunque la formula — *la società ha diritto di ritenere come fatte, in conto proprio, le operazioni...* si riduce a questo, sig. socio datemi conto della operazione che avete eseguita, cioè dei vantaggi che ne avete ritratti. La operazione non si può proibire, solo si può usufruttuare. Ma se l'affare è stato perdente? Se il socio vi prova che in quel giro di commercio ha rimesso L. 50,000, le pagherete voi, signora società, che volete surrogarvi alla sua operazione? Oppure, visto che vi siete abbattuta in un cattivo affare, vi decidete ad abbandonarlo? Ma potrete allora farlo? Si surroga forse nell'altrui impresa alla condizione di guadagnare e non di perdere?

La società pertanto non vorrà o non potrà surrogarsi alla operazione, come non potrà impedirla; dopo la sua esecuzione, se è stata fortunata, imporrà al socio di cedere i lucri della impresa, quelli, s'intende, a lui personali; e non è a dirsi *un risarcimento del danno*, ma un guadagno che si fa e si ha diritto di fare coll'opera del socio.

L'azione del risarcimento del danno avrà altra base. Il socio con quella sua impresa, anche male riuscita, ha fatto perdere alla società dei vantaggi che avrebbe altrimenti conseguiti. Il socio, esercendo nel suo particolare un affare congenere, ha introdotto nella piazza di

(1) Le parole colle quali si chiude l'articolo — *salvo inoltre il disposto dell'articolo* 121, che riguarda la espulsione del socio anche *pei fatti che costituiscano grave inadempimento*, ecc. — confermano mirabilmente la mia tesi.

(2) Tanto più si è costretti ad esser severi verso l'articolo 115, quanto il susseguente articolo contiene una moderata, ragionevole e sufficiente coercizione: ristretta all'operare nello stesso genere di affari per conto proprio; mentre si può appartenere ad altre società dello stesso genere, e non fare personalmente operazioni attive per conto proprio o di un terzo; come avviene sempre quando ci sono amministratori e gerenti che fanno o dirigono operazioni complessive nell'interesse della società da essi rappresentata; così formandosi concorrenze e gare, che sono la vita del commercio, il sintomo della sua libertà, e che i legislatori, anzichè osteggiare, dovrebbero favorire.

Ancona nei propri o nei fondachi di un amico, un assortimento di robe da inverno da fare concorrenza coi mercati della società che lavora nella stessa mercanzia: questo *è danno reale* che il socio deve rifondere indipendentemente dalle operazioni che forse non ha fatte: ma la presenza di merci copiose ha dovuto alterare i rapporti fra la richiesta e l'offerta nel giro della piazza nella quale si è verificata quell'affluenza: peggio ancora se il socio, aprendo un buon mercato straordinario per attirare concorrenti, abbia col fatto suo o di persona interposta, costretta la società a cattivi affari, o ne abbia in certo modo paralizzato il commercio.

430. L'azione del *risarcimento dei danni* è il mezzo ad un tempo più efficace e più giusto; è il solo che dovrebbe adottarsi. *È il più efficace.* Che sono mai quelle che vorrei chiamare pomposе repressioni, che non si possono mandare ad effetto se non attraverso a litigi che, come d'ordinario succede, sopravvivono alla stessa società? Rimedi peggiori del male: rimedi della cui giustizia può dubitarsi come della loro bontà: poichè il legislatore, per attuarli, ha bisogno di premettere un'ipotesi di fatto, presentandola come un'azione riprovevole da punirsi. Se il fatto dichiarato riprovevole fosse invece moralmente lecito (1), l'estimativa del legislatore essendo forse ingiusta *a priori*, formerebbe la condanna del suo stesso sistema, e ne renderebbe difficile l'attuazione. Io credo che in questa materia la qualità del fatto che dà luogo alla repressione e all'emenda, debba essere giudicata in presenza delle circostanze reali che lo hanno prodotto, e delle intenzioni più o meno colpevoli dell'agente, come ogni fatto penale: e su tal base appunto si pronuncia il risarcimento del danno. Onde io lo dissi il mezzo più efficace perchè il più semplice, più giusto perchè fondato nella realtà.

SEZIONE III.

Della società in accomandita semplice.

Articolo 118.

La società in accomandita semplice si contrae tra uno o più soci risponsabili tenuti in solido ed uno o più soci semplici capitalisti, che si chiamano accomandanti.

Essa è retta sotto un nome sociale, che deve necessariamente essere quello di uno o più soci risponsabili tenuti in solido.

431. *L'accomandita degl'Italiani. Notizie storiche. Indole della società in accomandita. Distinzione dei rapporti di socio e partecipante.*

432. *Della costituzione della società in accomandita e della sua personalità giuridica sotto la influenza vivificatrice* — della ragion sociale.

433. *Del concetto della società in accomandita che non si enuncia completamente senza svolgere le moltiplici disposizioni del Codice di commercio che vi hanno rapporto.*

434. *Come lo statuto sociale debba determinare la posizione dei soci. La maniera delle stipulazioni può dimostrare che fin dall'origine il socio sedicente accomandante si costituì un vero socio responsabile e solidale.*

431. Gli Italiani compresero prima degli altri popoli la potenza delle associazioni commerciali e l'arte di organizzarle. L'accomandita è una gloria nostra particolare: creazione

(1) Come quello di esser membro di una società quando si appartiene ad altra congenere, senza pertanto far cosa alcuna che noccia, anzi cooperando al bene comune.

Digitized by Google

per quei tempi maravigliosa, evocò i tesori giacenti nei sotterranei baronali; li strappò dalle mani di ecclesiastici avari che impoverivano il mondo colle loro ricchezze: spingendo in circolazione i capitali che non avevano sfogo, rendendoli operosi e produttivi, e spargendone il seme fecondo sino in lontane regioni, l'accomandita fu uno dei sintomi della civiltà nuova che spuntava in Italia e cominciava a diffondersi in Europa (1). Quando si trovò il mezzo di organizzare i capitali, associandoli e facendoli agire in masse compatte ad un grande scopo: quando si trovarono uomini abbastanza abili, abbastanza onesti per assumerne la direzione; quando i grandi capitalisti, nobili, potenti di piviale o spada, giovandosi commercialmente dei loro capitali senza discendere ignominiosamente nei cantieri e nei fondachi, entrarono nella classe dei produttori senz'abbandonare gli aviti castelli e le superbe abbazie, una nuova forza si aggiunse al commercio, alla pubblica economia, al giure e alla politica delle nazioni: allora fummo grandi: Firenze, Genova, Pisa si elevarono al grado di potenze; i monarchi di Francia, gli imperatori di Germania ne ricercavano l'amicizia e soprattutto i danari: allora... ma io vado fuori del tema.

Sono già venuto indicando la natura dell'accomandita: del resto il Codice la dichiara. Chiamasi *accomandita semplice* per differenziarla da quella *per azioni* (Sez. V). I soci *semplici capitalisti* si dicono *accomandanti* (2): sono *semplici* perchè non hanno anche il carattere di azionisti che li riveste, in certe posizioni determinate dalla legge, di personalità attiva. Quello che CASAREGIS appella *jus formale negotii*, risiede non nell'accomandante, ma nell'accomanditario al quale è affidato l'esercizio e l'amministrazione, e che in proprio nome tratta e contratta col pubblico commerciale; l'accomandante ha un interesse proporzionato alla rata del capitale immesso, non una vera proprietà del negozio (3); i terzi credono nel

(1) Tutti conoscono la splendida prefazione di TROPLONG al Commentario delle società: ed ivi realmente il primato degl'Italiani è ammesso in quelle parole: « Mais c'est surtout *en Italie qu'elle* (la commandite) *se montra féconde. De très-bonne heure, les Italiens avaient signalé l'ardeur et l'habilité de leur genie commercial*. Dès les X e XI siècles, il faisant un commerce considérable d'argent; les Florentins, notamment, se répandaint en Europe, sous le nom des lombards, et rapportaient de leur spéculation des richesses immenses, avec lesquelles ils élévalent dans leur patrie des magnifiques édifices et des palais, et repandaient autour d'eux l'opulence et le luxe ». E così continua illustrando una delle più belle pagine della nostra storia, attingendo largamente da MURATORI, da GIOVANNI VILLANI, dal DUCANGE (v° *Longobardi*), dal SISMONDI, dal MICHELET, ecc.

Più tardi il celebre scrittore sembra quasi pentito della giustizia che ci ha fatta. « *On a prétendu* (dice al n° 381), *je ne sais pour quel fondement qu'il* (il contratto di *accomandita*, allora *accomenda*), *avait pris naissance en Italie:* mais le commerce maritime de la Provence et du Languedoc a *autant du droit que l'Italie à en revendiquer l'usage immemoriel* ». Lascio stare che la Provenza, il semenzaio dei nostri trovatori, si considerava come parte d'Italia, e quali fossero le nostre attinenze etnologiche, narrano le opere del Perticari. Certo la Provenza e la Linguadoca non era la Francia. Ma se i prodigi del commercio di quell'epoche remote furono operati dagli Italiani e non da altri che poi ne vennero seguendo le tracce e imitandone gli esempi, bisogna bene rassegnarsi di lasciarli a quel posto ove li ha collocati la storia. Il BÉDARRIDE, uno dei più moderni scrittori di queste materie, rivendica il nostro diritto, e noi siamo riconoscenti alla sua imparzialità. Senza dubbio egli dice il commercio marittimo di Provenza e Linguadoca è molto antico: « *Mais* (ecco le sue parole) *c'est là encore un emprunte fait à l'Italie. Les statuts de Marseille et de Montpellier* SONT DE BEAUCOUP POSTÉRIEURS *à ceux de Florence et de Pise qui organisaient la commande dès l'année* 1160. *Ajoutons que cet emprunt fut pendent longtemps assez timide. La commande française était plutôt le contrat de pacotille, come le Guidon de la mer. Elle n'été usitée que dans les expéditions maritimes: tandis qu'à Florence, qu'à Pise, qu'à Gènes elle avait une large part dans le commerce terrestre et ordinaire.* ON A DONC PU AVEC RAISON DIRE QUE LA COMMANDITE A PRIS NAISSANCE EN ITALIE » (*Des sociétés*, num. 171).

(2) Quasi *commendantes* i loro capitali, affidandoli alla società (DUCANGE, v° *Commande;* ÉMÉRIGON, tom. II, pag. 398; VINCENS, *Des sociétés par actions*, pag. 17; TROPLONG, n° 380.

Commendare, insegnò il giureconsulto ULPIANO nella Leg. 18 Dig. de verb. sign. *nihil aliud est quam deponere*, onde dedusse ANSALDO: « Accomandita nihil aliud significat quam depositum pro negotiatione incunda, et sic idem accomandans fit quidem socius ob interesse quod habet in illo deposito, sed per modum partecipationis non proprietatis, aut verae et propriae societatis (Discorso 98, n° 59).

(3) Secondo la magnifica espressione del maestro: « Accomandans habet tantum interesse pro rata capitalis immissi, *non vero per proprietatem in jure formali ipsius negotii;* ita ut dici nequeat quod vel ex mandato expresso vel tacito accomandantium contrahentes eo negotio sequuti sunt fidem et personam ipsorum accomandantium » (dis. 29).

Digitized by Google

capitale, e non nel capitalista, che non si mostra; credono personalmente nell'amministratore e nei soci effettivi e manifesti.

È naturale e anche molto giusto che, esaminando l'indole d'una istituzione, si osservino le affini; si tenga conto cioè delle differenze. Se gli accomandanti non sono *condomini* dell'ente sociale, resta che siano *partecipi;* e difatti è così. Ma se hanno una qualità o, a dir meglio, un lato comune coi partecipanti rispetto all'associazione che da essi ricevo il nome, non hanno alcuna attinenza coll'associazione in partecipazione per ciò che vi ha di più sostanziale (1). L'articolo seguente determina una più stretta e più complessa relazione sociale, identificandosi i soci personali e i soci capitalisti nelle stesse persone; ma anche nel più semplice aspetto dell'accomandita, gli accomandanti si distinguono dai partecipi in quanto 1° sono soci fra loro, cioè collegano con vicendevole vincolo la sorte dei loro capitali, dei profitti o delle perdite che sono per derivarne colla fortuna della società; 2° sono passibili delle azioni dei terzi verso i quali rispondono sino alla concorrenza dei capitali che hanno conferiti o avrebbero dovuto conferire nella società (2).

O come ZANCHIO disse, in questo negozio si vogliono riconoscere due contratti; altro di società fra loro, ed altro di accomandita cogli accomanditari istitori o complimentari, rapporto ai quali possono anche dirsi meri partecipanti (CASAREGIS, detto disc. 29; ZANCHIUS, *De societate*, part. I, cap. IX, n° 35).

432. Se il concetto è antico, se l'accomandita, entrata negli usi generali del commercio, si venne componendo in guisa da potersi facilmente distinguere dalle altre società, le poche manifestazioni legislative apparse prima del Codice di commercio francese (3), non aggiunsero all'accomandita nè sotto l'aspetto della forma estrinseca, nè della sua intrinseca ragione; essa rimase quale la consuetudine dei secoli e la giurisprudenza l'avea fatta. Non mancavano però esempi di accomandite regolate da un nome sociale: nulla si opponeva a convenzioni alle quali la volontà delle parti avesse attribuito questo carattere; ma il Codice di commercio francese ne fece una regola caratteristica e distintiva delle società in accomandita, che venne accettata e seguita da tutte le legislazioni posteriori. È un vero progresso dell'idea moderna: vediamo in che consiste.

L'accomandita *è retta da una ragion sociale.* Mancava all'accomandita la personalità giuridica, per la quale la società esiste in una data forma, riconoscibile dal pubblico; diventa soggetto di rapporti giuridici e coi soci e coi terzi. Come nelle società in nome collettivo, la formola accerta il pubblico che l'individuo col quale si contrae non è tanto un obbligato quanto un rappresentante di altri che ha capacità di obbligare e obbliga in effetto: che insomma dietro a lui stanno garanzie più o meno ragguardevoli, personali e reali, sulle quali si può fare assegnamento. Ora il gerente o amministratore è un vero rappresentante, un mandatario dei soci e solidali e capitalisti; laddove, secondo lo stato della istituzione al tempo di CASAREGIS, il gerente si considerava non avere mandato *nè tacito nè espresso* degli accomandanti, giusta le paroledello stesso autore, che io riportai in una delle note superiori. Nel concetto odierno si crede necessario d'insinuare nel pubblico la persuasione, che l'istitore o gerente è il mandatario e il rappresentante di tutti i soci, compresi gli accomandanti, onde la conseguenza, ch'egli ha la facoltà di disporre anche dei capitali da essi conferiti. Questa fede, tanto necessaria, vuol esser non cieca, ma ragionata. Sta al legislatore di porgerne la ragione giuridica nella logica delle sue stesse disposizioni. La pubblicità alla quale questa società è soggetta come le altre, compie il sistema: lo perfeziona.

433. Il concetto della società in accomandita è talmente complesso che richiede quello svolgimento che gli fu preparato dalle successive disposizioni del Codice. Intanto quella che abbiamo offerta ai nostri lettori ci sembra una nozione abbastanza esatta nella sua gene-

(1) Specialmente nel modo con cui nel moderno Codice italiano è stabilita l'associazione: il che vedremo a suo luogo.

(2) Basti ora il cenno: altrove si avrà occasione di svolgere questa proposizione importante.

(3) Lo Statuto di Genova, di quel popolo del quale ZANCHIO ha detto *natio in arte mercatoria facile princeps*, nella Rubr. *De accomendis et implicitis*, cap. XIII, lib. IV, presentò una diversa forma di contratto d'indole marittima. La Ordinanza francese del 1673 riconobbe la esistenza legale dell'accomandita senza costituirne i caratteri giuridici; essa l'accettò nello stato nel quale esisteva giusta le consuetudini commerciali. Forse l'*accomenda* di cui si occupò specialmente lo Statuto di Genova fu quella che si chiamava comunemente *accomandita degli Italiani*, e da ÉMÉRIGON *société nautique*, detta anche l'*implicita*. È infine il contratto della *pacotille*, nel quale affidavansi merci a uomini di mare onde rivenderle per conto (VALIN, tom. II, pag. 398, 399).

ralità. Posta fra la società in nome collettivo, che è la più ampia e ad un tempo la più semplice non avendo che dei soci personalmente obbligati e solidali, e la società anonima ove non ci sono che dei capitali, la società in accomandita ha per carattere supremamente distintivo l'elemento della solidarietà personale, aggiunto o annesso alla garanzia del capitale.

Questo fatto s'incatena con tutto il suo meccanismo. Una ragion sociale non potrebb'esistere altrimenti (articolo 130); non si avrebbe capo sul quale potesse riposare l'amministrazione; infine non vi sarebbe una obbligazione personale che sorreggesse colla sua solidarietà tutta quanta la impresa, e fosse per riassumerla in sè nel giorno in cui le stesse guarentigie reali si trovassero insufficienti. Ma basta *un solo socio* personalmente responsabile e solidale. Gli scrupoli di Merlin non commossero il Consiglio di Stato (1); l'art. 23 del Codice di commercio francese non fu diverso dal nostro articolo 118. *Uno* o più soci solidali fanno società in accomandita con *uno* o più soci capitalisti: vi è sempre una ragion sociale quando vi è uno che la rappresenta al pubblico; e dietro vi ha una sostanza che si obbliga sotto il prestigio della sua firma: il capitale che ne viene affetto può essere di milioni.

434. La società in accomandita, dice Alauzet (n° 149), è un'eccezione al diritto comune, e perciò non si presume, ma dev'essere enunciata e risultare chiaramente dalla sua forma. Senz'accoglier quest'idea, che la società in accomandita sia un'eccezione di quelle in nome collettivo, l'accomandita è tale specialità, che è ben necessario che risulti ne' suoi caratteri estrinseci, e nella qualità delle sue originali convenzioni.

Dei caratteri negativi apparenti dalla natura della convenzione possono condurre all'esclusione delle società in accomandita. È stato giudicato esser un semplice contratto di prestito quello nel quale è statuito che il somministratore di capitali non divide nè i profitti nè le perdite dell'impresa; ove il solo socio gerente si obbliga di corrispondere un interesse e di rimborsare il capitale a termine fissato (2). Ma se il prestatore, oltre l'interesse dei suoi capitali, stipulasse altresì una parte degli utili, e di godere prerogative che non sogliono accordarsi che ai soci, sarebbe da giudicarsi un vero accomandante, e dovrebbe sottostare alle perdite (3). La verità sopra tutto.

Giusto è pertanto che i caratteri della società in accomandita abbiano a riscontrarsi nello statuto sociale; dei fatti posteriori possono compromettere l'accomandante sino a tenerlo personalmente responsabile: ma allora, come vedremo, è questione d'abuso. L'abuso suppone il diritto preesistente; l'abuso è perversione di cosa legittima.

La società in accomandita si presenta, come dicevasi, con caratteri talmente proprii che non potrebbe di leggeri confondersi con altre. *La inerzia*, come la chiamano, *degli accomandanti*, e l'astensione, è ciò che più li distingue dai soci solidali; nondimeno non essendo morti ad ogni sorveglianza, ad ogni sollecitudine nell'interesse del bene comune, andremo assai cauti nell'attribuire alle clausule che in qualche modo mettono a contatto gli accomandanti coll'amministrazione, un effetto esagerato, e in opposizione collo scopo diretto e patente del contratto (4). Fin tanto adunque che le stipulazioni non siano incompatibili colla qualità pura e semplice di accomandante, ravvisandosi espressa la intenzione di costituire una accomandita anzichè una società di più gravi conseguenze, la interpretazione sarà in armonia con tale scopo, conciliando per quanto sia possibile le clausule, forse imprudenti, colla ragione finale della convenzione (5).

Dopo ciò entrano questioni di fatto e di apprezzamento, da subordinarsi però, a senso mio, all'accennato criterio. I signori Malpeyre e Jourdain hanno in questo proposito osservato che, stipulata da un accomandante, che tale si dichiara e tale è riconosciuto, la facoltà di assumere la veste di socio solidale riservandosi di comunicare ai soci la sua volontà (6), in tal

(1) Locré, tom. xvii, pag. 186.

(2) Cassazione francese, 20 aprile 1842 (*Journal du Palais*, 1842, tom. i, pag. 680); 25 giugno 1846 (*Journal du Palais*, tom. ii, pag. 185).

(3) Corte di Parigi, 19 agosto 1807 (Alauzet, *Comment.*, num. 149).

(4) In una questione, se una società enunciata in accomandita avesse più presto a ritenersi in nome collettivo, la Corte di Lione sentenziò (15 aprile 1859, *Journal du Palais*, pag. 959) che bastava ad imprimerle questo carattere il trovarsi negli statuti interdetta al gerente la facoltà di compromettere, transigere, impiegar capitali, ecc., senza il placito del Consiglio di sorveglianza, o senza autorizzazione speciale dell'assemblea degli azionisti.

(5) Bédarride, col pensiero di Merlin e Delangle, insegna questa dottrina (n° 198).

(6) Suol farsi quando non si ha molta persuasione di coloro che dovrebbero amministrare.

Digitized by Google

caso l'accomandante mantiene la sua qualità sino alla dichiarazione.

È una conclusione assai ragionevole. Una volta che quel signore avrà espressa la volontà che si era riservata, egli riveste la nuova qualità, prima ancora di aver messo le mani nell'amministrazione. È l'effetto della convenzione: ma col riservarsi di assumere in seguito una posizione incompatibile con quella dell'accomandante che equivale ad un cangiamento verificabile in tempo futuro, il cangiamento non si effettua colla stipulazione della riserva. Per contro se nell'atto sociale, pretendendo il nome di accomandante, si designasse colle clausule del contratto la posizione di un socio solidale già acquisita, ogni protesta tornerebbe inefficace contro il fatto (1).

Articolo 119.

Quando vi sono più soci obbligati in solido sotto una ragione sociale ed insieme soci capitalisti, sia che i soci obbligati in solido amministrino tutti insieme, sia che l'amministrazione generale sia commessa ad uno o più di essi, la società è nello stesso tempo in nome collettivo riguardo ai soci obbligati in solido, ed in accomandita riguardo ai semplici capitalisti.

Le disposizioni degli articoli 115, 116, 117 si applicano al socio o soci obbligati in solido.

Articolo 120.

Il nome del socio accomandante non può far parte della ragione sociale.

435. *Della funzione meramente dichiarativa dell'art.* 119. *Alcune spiegazioni.*

---

435. L'art. 119 non è che una parafrasi del precedente. Il suo oggetto è puramente dimostrativo, dichiarativo, e tende a prevenire ogni confusione. È forse questa una società *sui generis* che si compone di vari elementi, e forma un tutto a parte, di maniera ch'essa si regoli con un diritto proprio che non è quello nè della società in nome collettivo, nè dell'accomandita semplice; ma un misto d'ambedue? No. Esistono in presenza, e, per così dire, pullulano sullo stesso tronco, due società distinte: differenza che si misura dalla qualità e dalla estensione delle obbligazioni rispettive. Più estesa la obbligazione dei soci solidali, è accompagnata da maggiori facoltà; il maneggio, l'esercizio, la condotta, il governo insomma della cosa sociale al quale si subordinano gli stessi soci capitalisti, ad essi appartiene. Per essi e nei rapporti fra loro e i terzi, la società è in nome collettivo, ritenendo queste caratteristiche: 1° la obbligazione personale illimitata; 2° il vincolo della solidarietà. Rispetto ai soci accomandanti, presa la società dal loro punto di vista, essi dividono i benefizi, dividono le perdite, soci come gli altri, ma con obbligazioni più limitate. Questa combinazione mantiene nell'atto pratico la precisione della teoria, dato che sia bene definita nel fatto la posizione dei soci (2).

Ponendo mente a quella espressione, *quando vi sono* PIÙ SOCI *obbligati in solido* si domanderà come non essendovi se non un *socio* personalmente responsabile, con uno o più soci accomandanti, possano coesistere le due società dichiarate nel Codice.

Bisogna convenire che in questo caso la idea della collettività è meno completa. La relazione sociale non esiste allora che fra il socio personale e il socio o soci capitalisti. Tuttavia il socio, unico gerente di diritto, firma e deve firmare *nella ragione sociale*, obbligando in tal modo non solamente se stesso, ma eziandio i capitali accomandati, e giovando coi profitti della operazione ai soci accomandanti; e nulla cangiandosi dell'organismo esteriore.

---

(1) Se l'accomandante così qualificandosi, protesta di volersi rimaner tale mentre stipula il diritto di amministrare, è solidale a tutti gli effetti; non è più un semplice accomandante. Equivale al dire, io amministrerò la società, ma non voglio rispondere che nel limite della mia immissione. Ciò è assurdo. In questo senso la Corte di cassazione francese nel 16 germinale anno XI, e nel fiorile anno XIII.

(2) Il nostro articolo discende dall'articolo 24 del Codice di commercio francese redatto dalle osservazioni del Tribunato (Locré, tom. XVII, p. 307).

Digitized by Google

Articolo 121.

L'accomandante non è soggetto a perdita che fino a concorrenza del capitale che ha messo o doveva mettere nella società.

Se all'accomandante furono pagati interessi del capitale promessi nell'atto sociale o quote di utili, egli non è tenuto a restituirli quando dai bilanci annuali fatti in buona fede risultino benefizi sufficienti al loro pagamento.

Accadendo però una diminuzione del capitale sociale, questo deve essere reintegrato cogli utili successivi prima che si possa far luogo ad ulteriori pagamenti o dividendi.

436. *La legge chiama* capitali *i valori qualunque che gli accomandanti affidano alla società. Il credito non cessa di esser personale in gran parte, nonostante il concorso della accomandita.*

437. *Se i creditori della società abbiano azione contro gli accomandanti per costringerli al versamento dei capitali promessi, e in qual modo possano esercitarla.*

438. *Esame più speciale della tesi.*

I creditori, e i sindaci che li rappresentano nel caso di fallimento, hanno un'azione diretta e necessaria contro gli accomandanti al predetto effetto; mantengono eziandio un'azione utile durante il corso della società.

439. *Il concorso dell'accomandante dev'essere reale e durevole quanto l'impresa sociale. L'accomandante non può ritirare i suoi capitali, o recedere dalla promessa: molto meno sostenere coll'appoggio di una contro-lettera del gerente che il suo concorso fu di mera apparenza.*

440. *Si distinguono i casi in cui il socio accomandante, non commerciante, può esser obbligato coi più rigorosi mezzi commerciali, da quelli in cui, soggetto per la materia alla giurisdizione commerciale, è trattato quale non commerciante ad ogni altro effetto.*

441. *Nuovo portato dell'articolo 121. Gl'interessi dei capitali immessi dall'accomandante si pareggiano agli utili quanto alla irrevocabilità della loro distribuzione.*

In che differiscano rapporto ai titoli da cui sono prodotti.

442. *Ragione per cui il socio accomandante non restituisce gl'interessi e gli utili percetti in buona fede.*

443. *La buona fede dell'accomandante: ma è un requisito inefficace se lo stesso gerente non sia di buona fede nelle operazioni del riparto.*

I bilanci annuali mostrano se l'azienda sociale si trovi in avanzo; e provano, quando siano lealmente fatti.

444. Quid *se il socio accomandante non ritirò il suo dividendo, ma lasciollo nella cassa sociale, quasi prestito in conto corrente?*

Grave questione che sorge di fronte al fallimento dalla società.

445. *È lecito il patto col quale l'accomandante promette di pagare il capitale d'importazione in rate, sotto pena di perdere quella parte del capitale che avrà già versata, e di decadere dal suo diritto di socio, mancando al puntuale pagamento d'una o più rate.*

Se tale convenzione fu pubblicata coll'atto sociale, i terzi non hanno diritto d'impugnarla, nè d'impedirne l'eseguimento.

---

436. Gli accomandanti arrecano nella società dei valori: la legge li chiama *capitali*, e si astiene dall'indicarne la natura: perchè nol poteva. I valori si rappresentano da merci, da denaro contante, come da titoli ed effetti commerciali. È un valore anche una promessa di pagamento.

L'accomandita è una pura spontaneità sì per lo concorso ad una società che assume visibilmente e pubblicamente una impresa, sì pel modo e quantità del concorso. Tutto è buono, per così dire: un ricco capitalista porterà un milione; un altro mille lire, o un'azione di credito. Tutto si conguaglia mediante la pubblicazione onde si deve far conoscere al pubblico — *il montare dei fondi dati o da*

Digitized by Google

darsi per accomandita (art. 159). Il pubblico vedrà, calcolerà se sono cenci o ricchezze quelle che gli si offrono a guarentigia: e codesti elementi, ravvivati e resi fecondi dal credito personale dei soci obbligantisi in solido, daranno al pubblico la misura della fede che si deve attribuire a un tale composto.

La legge adunque non prescrive somma o qualità nella serie indefinita dei valori; e non impone neppure di anticipare o di depositare in un tempo determinato i capitali promessi (1). La massima importanza sta in questo, che le immissioni o le promissioni d'accomandita risultino chiaramente enunciate nell'atto costitutivo della società, e siano all'atto stesso rese manifeste al pubblico. Lasciando quella libertà, la legge però presuppone che si tratti di un contributo serio e meritevole di considerazione, poichè vi attacca dei diritti ben rilevanti; nondimeno non se ne occupa (2) e con ragione si affida all'interesse dei soci responsabili, che hanno bisogno di stabilire la loro impresa su basi reali e solidi appoggi.

Se la società si apre con un fondo ragguardevole di capitali già immessi ed esistenti a disposizione della impresa, e se ne faccia constare al pubblico, è cosa eccellente: del resto è gravissimo l'osservare che, o siano i capitali promessi, o anche conferiti dai soci accomandanti, la positiva loro efficienza, l'energia del loro concorso, le speranze che i soci e i terzi pongono ragionevolmente su questi potenti nuclei della impresa, si confondono in gran parte con quella guarentigia che presenta il nome e la solidità del gerente capo responsabile dell'amministrazione.

437. Se i creditori della società abbiano azione contro gli accomandanti per costringerli al versamento de' capitali promessi, e come possano esercitarla.

Noi abbiamo indicata la posizione dell'accomandante. Arreca dei capitali, o li promette; ma il suo nome, noto ai responsabili che non accetterebbero la promessa di un innominato, non è pubblicato. Con ciò sembra ch'egli non voglia essere esposto alle azioni dei terzi; e forse non debba esserlo. Dall'altro lato è un socio effettivo; è uno che concorre nella impresa: se il suo nome non va su pei giornali, nè si affigge, risulta però dal contratto sociale; e il suo concorso sarebbe illusorio se la promessa non si adempisse e non si potesse costringerlo ad adempirla.

Il Codice di commercio che avrebbe potuto dir molte cose, ne ha dette poche; e qui pure passa in silenzio; nè gli si dee far carico della sua parsimonia. In luogo suo si consulterà la dottrina e la giurisprudenza: ed anche un po' la ragione.

La ragione ha persuaso tutti, che gli accomandanti assumono una vera ed effettiva obbligazione verso la società ed i suoi creditori; essa non si estende oltre la promessa; ma la promessa è un fatto obbligatorio. Vero è che i soci solidari sono altresì responsabili dei capitali d'accomandita; o siano stati versati o non lo siano stati; nondimeno si vuole aver l'azione anche contro gli accomandanti medesimi.

Tutto ciò è ben esposto da Pardessus: « Si « ces derniers (gli accomandanti) ne paraissent « pas dans les négociations qui intéressent la « société, ils contraient néanmoins avec les « créanciers, par le ministère des commandités « à qui ils ont abbandonné la gestion exclu« sive, ils ne *peuvent repousser la démande des « créanciers* qui en prouvant qu'ils ont versé « leur mise entre les mains des associés res« ponsables et solidaires. Ces mises ont dû « former des articles de l'actif social, dont les « commandités doivent prouver l'emploi, sous « les peines portées contre les débiteurs qui ne « satisfaient pas leur créanciers, ne justifient « pas l'emploi de tous leurs recettes » (n° 1 a 34).

Fermo pertanto che il gerente ha la facoltà e il più assoluto dovere di costringere gli accomandanti a versare la loro quota, i creditori pur anche, secondo questa dottrina, hanno azione diretta, principale, e, a quanto pare, esercibile in ogni tempo a questo medesimo effetto.

Il diritto d'azione dei creditori è ritenuto intanto da tutti gli scrittori, ed è sommamente necessario il ritenerlo. Il gerente finisce per essere il mandatario responsabile di tutti gli interessati; e non è solamente colla società ch'egli dee fare i suoi conti. Perciò gli sono interdette le imputazioni, le compensazioni più o meno artificiose, più o meno relative alla persona del gerente, che farebbero sparire la realtà del capitale; mentre, *dum abierit in cre-*

(1) « ... sino a concorrenza del capitale *che ha messo o doveva mettere nella società* ». Così il nostro articolo. — Vedi il nostro n° 486.

(2) La legge esclude soltanto quei *mobili ed immobili che non si riferiscono al commercio che la società si propone* (articolo 133). Favellando di quell'articolo daremo qualche spiegazione.

zed by Google

ditum, non si potrebbe più trovarne il costrutto (1).

Si può ammettere questo essere un diritto moderno, portato cioè dal nuovo organamento delle società in accomandita, stabilito nel Codice di commercio francese. Nelle osservazioni superiori si è detto quanto basta a mostrare, che per cotale sistemazione, per la combinazione delle due società distinte, che rilevano la loro vita estrinseca da una comune divisa (ragion sociale), è costituito l'ente morale; idea che non presentavasi, o presentavasi confusamente, e quasi saltuariamente, nelle consuetudini onde l'accomandita nei passati tempi si reggeva. Ciò è fondamentale del pari che incontestato; ma se i creditori della società abbiano *un'azione diretta* e, per così dire, incondizionata verso gli accomandanti, non è senza qualche disputa.

438. Abbiamo udito nel senso dell'azione diretta e costante pronunziarsi il PARDESSUS (art. preced.), ma vi ha chi non accorda ai creditori un'azione così estesa. Vinte le opposizioni di principio che restavano ancora a combattere (2), TROPLONG dice semplicemente, che i creditori della società potranno bensì insistere dal canto loro contro gli accomandanti, ma, permanente e operante la società, devono dirigere le loro azioni contro il rappresentante di essa società. « À quoi bon d'ailleurs. « s'adresseront aux autres? Où serait l'intérêt? « Quand une société fonctionne par son repré- « sentant, est-ce qu'il est besoin de mettre en « cause les associés bien et dûment représen- « tés? » (3) (Des sociétés, n° 811). Ma se la società è disciolta per fallimento, distrutto il credito, caduta la gerenza e ogni rappresentanza legale, niente osta, dice TROPLONG, perchè non si ricerchino fra quelle rovine gli elementi che componevano la società estinta, e si rimonti sino a coloro ch'erano debitori verso di essa d'importanti contributi che non hanno eseguiti (4).

Nel fondo, la dottrina di TROPLONG è vera, ma esige una modificazione. Il suo *à quoi bon* può avere risposta. Non oppugnato, che il gerente della società possiede l'azione *diretta* contro gli accomandanti che non fanno i loro versamenti secondo i patti, e che dall'altro canto i creditori della società possono obbligare il gerente sì ad agire nel comune interesse che a dar conto dei capitali versati, non è fuor di ragione che debba concedersi ai creditori un'azione *utile*. E per questo che io giudico doversi modificare a un tempo la dottrina di PARDESSUS e quella di TROPLONG. Io concordo con BÉDARRIDE (n. 236), il quale insegna che, non prestandosi il gerente al debito suo, e forse avendosi argomento di poco onesta connivenza, possano i creditori, per una specie di necessità, esercitare azioni contro gli accomandanti non nell'individuale ma nel comune interesse onde depositino nella cassa sociale il loro contributo. Ma i creditori esercitano talmente in questo caso le azioni del gerente (5) che gli accomandanti oppongono ad essi tutte le eccezioni che al gerente medesimo avrebbero potuto opporre.

Se gli accomandanti hanno pagato delle somme in mano al gerente, hanno estinti debiti sociali, debiti cioè costituiti sotto la ragione sociale dallo stesso gerente, con queste armi si difendono anche contro i creditori della società. Soltanto le eccezioni personali al gerente non possono utilmente allegare; se avessero, verbigrazia, pagati dei debiti che il gerente aveva incontrato nel semplice suo nome.

Dichiarato il fallimento della società, i sindaci, quali rappresentanti i creditori della società fallita, sono evidentemente investiti di diretta azione per costringere i capitalisti che non avessero ancora versata la loro quota.

Su questo terreno cessa ogni contrasto sulla competenza dell'azione e sul di lei esercizio: non è più necessario coprirsi della persona del gerente, o agire dietro di lui quasi in sussidio. Non restano che i creditori a dominare sugli avanzi della società. Niun altro essendo investito d'azione, essi esercitano l'azione *diretta* (6), quanto dire *immediata e derivante da un rapporto di diritto non secondario e*

(1) Mi riserbo di meglio spiegarmi più avanti.

(2) Sollevate da MERLIN, che per parte sua non riconosceva una sostanziale società in accomandita, non ravvisandone che due sole, la società collettiva e la società anonima (Osservazioni di MERLIN al Consiglio di Stato, *Processi verbali*, 13 gennaio 1807); idea che col tempo abbandonò, convinto dalla evidenza. CREPS, DÉLANGLE ed altri non vedono alcun nesso fra i creditori e i semplici accomandanti che non assumono impegno personale verso il pubblico.

(3) Qui si nasconde un equivoco, che indicheremo fra breve.

(4) Così BÉDARRIDE, *Des sociétés*, n° 238; ALAUZET, *Comm.*, n° 138.

(5) Riguardati come creditori dello stesso gerente, ossia della società in relazione all'art. 1234 del Codice civile.

(6) *Liquidata e disciolta la società in accomandita*, i creditori, o chi li rappresenta, hanno azione per costringere gli accomandanti al versamento della *mise sociale*. Fu ripetuta anche una volta questa

Digitized by

subalterno ma principale ed unico. Bisogna fissare questo senso onde non ismarrire il concetto nelle varie sue applicazioni. Così diconsi esercitare *azione diretta* i creditori di una società in liquidazione contro gli azionisti che si fossero diviso l'attivo della società (1).

439. L'atto sociale nel quale concorrono gli accomandanti per quanto li riguarda costituiscono adunque un vincolo obbligatorio per essi, non solo in faccia ai soci personali e solidari, ma eziandio in faccia ai terzi creditori, quando sia stato pubblicato, e siasi agito o potuto agire dai terzi in coerenza a quella pubblicazione. Ora si rendono necessarie due ricerche: 1° la promessa di accomandita può passare come di pura apparenza potendo l'asserto accomandante provare i suoi accordi col gerente nei quali sia convenuto ch'esso non ha fatto che prestar il nome senz'alcun reale impegno? 2° potrà taluno dei soci accomandanti ritirarsi, pendente la società col consenso del gerente; o anche, se vuolsi, di tutti i soci solidari?

La risposta è negativa sulla prima questione. Una *controlettera*, o qualche documento consimile, lasciato dal gerente o da chi altri all'accomandante, non potrebbe liberarlo, dal punto in cui l'atto sociale fosse stato pubblicato. Sarebbe un inganno teso al pubblico: e basta questo solo argomento. S'egli entrò per burla, ci restò davvero; poichè in questo genere non vi sono sottintesi, nè finzioni, e neppure condizioni quando non siano dichiarate nell'atto sociale e manifestate al pubblico.

Questo è l'argomento veramente principale e preponderante; al quale può aggiungersi, che una promessa di liberazione per parte del gerente eccederebbe la di lui facoltà. Ma io ho stabilita la stessa conclusione anche dato il concorso e l'approvazione dei singoli soci.

Si può obbiettare, ch'ella sarà una verità dal momento che esistono dei creditori della società i quali vi aggiustarono fede per aver potuto rilevare quelle tali guarentigie nell'estratto pubblicato; ma quando non vi siano creditori presi all'amo di questa lusinghiera esposizione delle condizioni sociali, che importa allora al pubblico in genere, non contraente, e non creditore? Perchè il preteso accomandante che non prestò mai il consenso, simulato nell'atto sociale, in presenza del pericolo reale a cui si vede esposto, non potrà far dichiarare al tribunale ch'esso non è legato da veruna reale obbligazione almeno per l'avvenire, e che il suo nome dev'esser cancellato dagli atti sociali? E non saremo noi in piena regola, pubblicata questa mutazione nei modi legali?

Dovendo rispondere a simili obbiezioni, assumo anche la seconda questione, giovando alla chiarezza dei principii risolverle a un tratto.

Il capitale realmente immesso « n'appartient plus à celui qui l'a versé, dice BÉDARRIDE, n° 220 (la mise réalisée); devient la « propriété commune de tous les associés et « le gage exclusif des créanciers. En conséquence elle ne peut valablement être retirée « en tout ou en partie qu'après payement intégral de ces derniers » (2).

La dottrina dev'esser ampliata ed estesa eziandio alle promissioni non ancora eseguite che sono altrettante vere e certe obbligazioni: *le quali non si possono ritirare in verun tempo.*

Non possono ritirarsi perchè su tali fondamenti la società è costituita: vicende più o meno gravi possono scuoterla e allora si vedranno nascere delle mutazioni necessarie che dovranno esser pubblicate: ma non può esser per volontà dei soci diminuita a qualunque titolo la sostanza che, come dice il citato autore, è *le gage exclusif des créanciers.*

La distinzione fra' creditori preesistenti alla mutazione e fra' posteriori, essendosi la mutazione stessa portata a conoscenza del pubblico, è vana ed inammissibile. Quella guarentigia deve rimanere irrevocabile nell'interesse dei presenti e in quello dei futuri crediteri, posto

---

massima nelle decisioni 2 febbraio 1864 e 7 aprile 1865 della Corte di Parigi (*Journal du Palais*, 1865, pag. 1015).

Aggiungi sentenza della Corte d'Aix, 13 agosto 1866, che stabilisce l'*azione diretta*, con DELVINCOURT, *Inst. droit comm.*, tom. II, pag. 48; DELANGLE, tom. IV, num. 293; MOLINIER, *Droit commerc.*, n° 547; DAGEVILLE, *Code de comm. expl.*, tom. 1, pag. 102; PERSIL, *Des sociétés*, pag. 103.

(1) Note alle decisioni sopra indicate. Non è inutile rammentare un'altra massima che da quelle risulta: non essere cioè tenuto l'accomandante, neppure di fronte ai terzi, se l'atto d'inventario dal quale può attingersi la sua obbligazione portava *una cifra maggiore del vero;* se cioè vi ebbe frode.

(2) Decisioni che confermano un principio, del resto nei termini della esposta dottrina, incontestabile. Corte di Parigi, 22 maggio 1841 (*Journal du Palais*, tom. II, 1841, pag. 43); Corte d'Angers, 18 febbraio 1843 (ivi, 1843, tom. II, pag. 166); Corte di Douai del 14 dicembre 1843 (ivi, 1844, pag. 212).

Digitized by Google

persino che i creditori anteriori siano stati disinteressati (1). Bisognerebbe che la società fosse rimasta inattiva ed estranea agli affari: indi si fosse rinnovata su diversa base. Ciò è possibile. Ma dappoichè la società ha cominciato la sua *route*, il suo giro di affari, si è messa in movimento, essa deve procedere sullo stesso piede sino allo scioglimento o alla liquidazione. Gl'impegni che la società ha o può avere assunti sono altrimenti indimostrabili; ed è questa una ragione che milita sì pei creditori provati preesistenti che per quelli la data dei cui crediti sarebbe posteriore al cambiamento avvenuto nelle tavole sociali; niuno dei quali può sapere se questa reale diminuzione di garanzie sia per produrgli un danno effettivo. Niuna distinzione adunque fra' creditori preesistenti alla volontaria mutazione o posteriori. Se permettiamo che le guarentigie sociali si vadano ritirando nel corso della società per quanto riguarda l'interesse dei creditori posteriori, quasichè avvertiti dalla pubblicazione del fatto, non vi sia inganno per essi, noi avremo una costituzione sociale continuamente variabile, e infine fra gli ordini dei creditori e delle rispettive cautele e guarentigie, una perpetua e intollerabile confusione (2). La ragione adunque rigetta questo sistema vago, oscillatorio, pericoloso, assurdo.

Ora si scioglie in poche parole la prima questione. Non è vero che il socio *A.* che si vide nell'atto sociale figurare come capitalista semplice sino alla concorrenza di L. 20 mila da versarsi nella cassa entro sei mesi, non abbia dato un consenso. Egli ha dato il consenso, che il suo nome figuri nell'atto sociale, e che l'estratto sia pubblicato coi mezzi soliti: e non si vuole di più: in ciò consiste il suo consenso obbligatorio ed effettuale. Quella che forse era nell'interno della famiglia sociale, una finzione; rimpetto al pubblico, è realtà. Oggettivamente pertanto *idem est;* trattasi di ritirare una guarentigia reale e prestata nell'atto costitutivo della società. Soggettivamente vi ha questa differenza: la immoralità. Una promessa fatta per allettare e che non si voleva mantenere! Vi è una ragione di più per essere severi.

440. Gli accomandanti possono adunque costringersi al versamento delle loro quote sì dal gerente che dai creditori della società. In via commerciale o civile? O anche con arresto personale?

L'accomandante, qualunque professione eserciti, ha fatto senza dubbio un atto di commercio associandosi a impresa di evidente scopo commerciale. Nessun autore, per quanto io veggo, oppugna la giurisdizione commerciale. Ma vi ha chi sostiene che la considerazione della commercialità non può essere spinta alle sue estreme conseguenze quanto alla persona, che forse è un letterato, un magistrato, un possidente, e non un commerciante. Non potere spingersi alle sue estreme conseguenze significa, che l'accomandante che non potesse corrispondere al suo impegno, se non fosse un commerciante, non sarebbe dichiarato in istato di fallimento, nè soggetto all'arresto personale (PARDESSUS, n° 1037) (3).

Ma partendo dalla stessa legislazione, altri sentì assai meno scrupoli, e disse che l'accomandante è colpito coll'arresto personale, così ragionando: « Sans doute le commanditaire, « s'il n'est pas commerçant, ne le devient pas « par son accession à la société; mais le non « commerçant est légalement contraignable « par corps, pour les actes de commerce qu'il « peut faire, par l'endossement d'une lettre « de change, par exemple. Trouvera-t-on un « acte plus essentiellement commercial que « celui de signer une société commerciale? (4).

L'autore che ho prima citato venne in opposta sentenza, ponendosi in una ipotesi più grave. Non solo l'accomandante può vedersi esposto a rappresentare il capitale promesso; ma può trovarsi in posizione ben più difficile, se, per es., oltrepassando il confine che gli era segnato dalle legge, si mescolò nell'amministrazione e si addossò il rovinio di tutti i debiti sociali, secondo quello che diremo nei numeri seguenti. È la ipotesi propostasi da PARDESSUS. Noi abbiamo bisogno di estendere la nostra veduta ad amendue le ipotesi, accuratamente distinguendole.

Prima questione. Il socio semplice accomandante, non esercente il commercio, che dalle azioni del gerente, dei soci, o dei creditori della società, viene obbligato a versare il capi-

(1) Anche gli altri accomandanti hanno diritto di opporsi a tale scemamento di guarentigie che li lasciano esposti a maggiori danni; ma lo sono partito dalla ipotesi del consentimento di tutti i soci.

(2) Ripeto che i cambiamenti legali operativi, purchè pubblicati a termini dell'articolo 163, sono quelli necessari, e che scaturiscono dalle naturali vicende dell'impresa sociale.

(3) La quale dottrina ha il suffragio di DELANGLE *Des sociétés*, all'articolo 26, ecc.

(4) BÉDARRIDE, *Des sociétés*, num. 241, invocando a sostegno l'autorità della Corte suprema (28, febbraio 1844).

tale promesso, può essere dichiarato fallito, non potendo ciò eseguire? Può essere costretto con arresto personale?

Nè l'uno nè l'altro. Non fallisce chi non è commerciante (art. 543). Non si è commerciante per un solo atto di commercio (art. 1), come sarebbe quello di accedere in qualità di semplice socio capitalista ad una società commerciale (1). L'atto di commercio determina la giurisdizione (art. 723): non però si percuote coll'arresto personale il non commerciante, ove non si trovi nel caso considerato dagli articoli 727, n° 3, e 728. Dobbiamo pertanto acconsentire in questa parte col PARDESSUS: ma noi abbiamo il solido fondamento di quelle leggi che dichiarano in quali casi si abbia a pronunziar l'arresto personale contro non commercianti (2): le prigioni erano prodigate dalla legislazione francese.

Rapporto all'altra questione, non converrei con quell'illustre. Chi non è commerciante, e assume di far parte come socio attivo, solidario, e responsabile nel totale delle conseguenze di una società commerciale, specialmente se di cospicui affari e durevole, non fa un atto isolato avente carattere di operazione commerciale, ma si cinge veramente la giornea di commerciante; diventa commerciante (3).

Proseguo il mio discorso e dico: se uno da semplice accomandante si trasmuta, per fatti ai quali la legge attribuisce un simile effetto (articoli 122, 123), in socio responsabile e solidale, egli entra di piena ragione nella categoria dei commercianti; egli fallisce colla società e fallisce anche nel proprio, se contro l'abisso del fallimento non può gettare un patrimonio proprio capace di riempirlo: ed è inoltre, nè più nè meno degli altri suoi colleghi di sventura, sottoposto all'arresto personale.

Queste mi sembrano le vere conclusioni. La giurisprudenza francese (non trovando esempi notevoli nella nostra) continua ad esser divisa nel punto di vista della prima questione. Oltre la decisione della Cassazione del 28 febbraio 1844 surricordata, se ne hanno due della Corte d'appello di Parigi del 1847 (4) nel senso di considerare quale un vero commerciante, per sottoporlo a tutti i rigori di quella giurisdizione, il semplice accomandante, malgrado non sia uscito dalla sua sfera prendendo parte attiva nell'amministrazione. Altre decisioni si pronunciarono nel senso opposto (5). ALAUZET e VATIMESNIL, scrittori di molta autorità, appoggiano la nostra opinione; dell'altra e più grave controversia non si sono occupati.

—

441. Il secondo e terzo periodo dell'art. 121 sono un portato della nuova legislazione italiana che ivi ha consacrato una massima già ritenuta nella giurisprudenza, come si trova espresso nel processo verbale della Commissione del 21 maggio 1865 che contiene tante cose interessanti.

Ora il nostro compito diventa facile; faremo tuttavia qualche osservazione.

Gli *interessi* sui capitali versati non si devono se non promessi e determinati nell'atto sociale. Di tal guisa proposta la obbligazione, essa non è che la stipulazione lecita di un utile o vantaggio sopra gli utili e vantaggi comuni accordato per patto ai capitalisti. Non promessi, ma *quasi jure* dovuti, gl'interessi verrebbero smascherando il *mutuo* che, in questa combinazione di cose, sarebbe immorale per usura, ed è generalmente riprovato (6).

Gli autori insistono sulla improprietà d'indicare una tale prestazione a titolo d'*interessi*, dappoichè, fuso il capitale e assimilato colla sostanza sociale, non esiste più per gli accomandanti se non come un'azione di credito, o un diritto di prelevamento sulla detta sostanza nel giorno della distribuzione finale. La società pagherebbe un interesse su cosa che a lei appartiene. Quelli adunque che si dicono interessi della *mise* non sono che utili, o *beneficii*, come si va dicendo alla francese. La questione non sarebbe senza motivo, se gl'interessi pagati non dovessero mai restituirsi e gli utili sì; ma la nostra legge li parifica agli effetti della restituzione: è dunque oggimai una questione di parole. La legge continua a chiamarli *interessi*, proprii o improprii, poco monta, per

(1) Corte d'appello di Lucca del 25 agosto 1862 (Collezione Caveri, p. I, pag. 288).

(2) Ed ha laudabilmente modificato l'art. 718 del Codice albertino, come diremo a suo luogo. Ma le leggi attuali sono molto più precise.

(3) Onde non influiscono gran che le abitudini della vita precedente. Quel musicista, quel letterato che si dedica ad una società di commercio ove si trova interessato il suo onore e la sua fortuna, cangia tenore di vita; e presto perderà il gusto delle sinfonie e dei romanzi in questo terribile e periglioso dramma del commercio.

(4) 20 novembre e 31 dicembre (SIREY, t. XLIV, part. II, pag. 219).

(5) Rouen, 6 agosto 1841 (SIREY, tom. XLI, p. II, pag. 636); Parigi, 28 febbraio 1842 e 22 dicembre 1846 (SIREY, tom. XLIV, pag. 694, tom. XLIX, p. 219).

(6) Ho detto *in questa condizione di cose*, aggiungendosi agli interessi il riparto degli utili.

ed by Google

discernergli *dalle quote di utili* che hanno una base diversa.

La cosa sta in questo modo. Gl'interessi hanno il loro titolo nel contratto nel quale i soci accomandanti e la società convengono come persone distinte, e determinano i loro rispettivi diritti. Nei riparti che hanno luogo, gl'interessi convenuti, generalmente parlando, si prelevano sempre alla distribuzione degli *utili:* come un debito della società. Egli è bensì vero che anche gl'interessi *si pagano cogli utili*, ossia con ciò che sopravanza al capitale e rappresenta i guadagni che la società è venuta facendo nelle sue operazioni; gl'interessi però formano una categoria a parte e si detraggono, si direbbe, con privilegio. Indi viene il riparto generale degli utili nei quali gli stipulatori degli interessi hanno la loro quota come tutti gli altri, se i profitti esistono realizzati. Se sonosi pagati gl'interessi, ciò dimostra che la società si è trovata in vantaggio: altrimenti non si sarebbero pagati. Gli accomandanti nella loro qualità di soci non avrebbero potuto pretenderli a spese del capitale.

442. La restituzione delle somme percette in conto degli utili, quando la società, scaduta dai suoi primi vantaggi, si riconosce in perdita, o viene in un momento di crisi pericolosa, checchessia di società diversamente costituite, non può esser richiesta contro gli accomandanti di buona fede. Questa disposizione, della quale deve lodarsi il legislatore italiano, riassume i migliori principii fra le questioni che ancora si agitano in Francia. Fu anche molto saggio toglier via la differenza, altrove sostenuta, fra le somme pagate a titolo d'interessi o di utili semplicemente, volendosi il primo fondato nel contratto, e l'altro conseguente dalla legge dell'associazione. Distinzioni senza scopo, mentre il legislatore fu mosso da ben altra ragione.

E la ragione principale si fu, che l'accomandante, escluso essendo dalla gestione, non è iniziato al segreto degli affari (1): egli ignora e ha diritto d'ignorare la vera situazione delle cose; e cotale ignoranza non solo non è imputabile, ma è naturale alla di lui posizione e quasi meritoria (2), forma la sua buona fede che lo mette al coperto dalla restituzione, qualunque sia la piega che sarà per prendere in seguito il negozio sociale.

I Codici anteriori ci lasciavano sotto la gravezza di una questione che la giurisprudenza non aveva risolta rispetto agli accomandanti (3). Tanto più che non erano senza valore i contrari argomenti. Sino al bilancio e alla liquidazione, dicevasi, non si può conoscere la vera condizione economica dell'azienda sociale; anzi non si può stabilire che a quel tempo. I guadagni e le speranze dell'oggi sono cancellati dalle perdite del domani. Tutto è incerto. Se le cose van male, l'accomandante deve rimetterci tutta intera la sua importazione; egli è obbligato a farne il sagrificio ai suoi colleghi e ai creditori: ma se gli si permette d'incassar dei guadagni senz'obbligo di restituire la somma, al perire dell'impresa, qualche cosa gli resterà; non è vero ch'egli faccia il sagrificio di tutto il capitale.

Questo argomento solito a portarsi in mezzo, aveva il torto di essere piuttosto antiquato, e di essere stato vinto al suo presentarsi sul terreno legale. Il proposto, se gli accomandanti dovessero riportare i dividendi in caso di fallimento, fu materia di discussione nel Consiglio di Stato (Locré, *Esprit de Code de comm.*, articolo 26), e fu rigettato, per potenti ragioni che sono riapparse alla mente erudita dei nostri deputati, confortate di quella sanzione che dà il tempo alle idee giuste e vere.

E sono: 1° che le somme percette a titolo di utili devono riputarsi già consumate e inesistenti (4); 2° che in realtà l'accomandante verrebbe a perdere più del capitale immesso; 3° che un senso di disgusto si spargerebbe fra coloro che si prestano a tali combinazioni così proficue al commercio, se, oltre al rimetterci tutto il capitale, dovessero restituire un antico

(1) Mi approprio la idea e la frase di Bédarride, (num. 225).

(2) Provando che il buon uomo non si è innalzato sino all'amministrazione.

(3) Vi sono decisioni francesi *hinc inde*: ma per lo più emanate sotto l'impero dell'ordinanza (1673) e contraddittorie. La Cassazione francese, nel 14 febbraio 1810, dichiara l'assegnazione irrevocabile. La Corte di Rouen, 14 dicembre 1807, che venne cassata, e quella di Parigi, che giudicò in rinvio, furono in contraria sentenza. In tempo successivo decisioni o rare o discordi; la dottrina però si è venuta pronunciando ogni giorno più in favore della massima, ora passata in legge. Ho detto *rispetto agli accomandanti*, perchè, rispetto ad altre società, reggono principii differenti, che avrò l'onore di esporre più avanti.

(4) È sempre più facile restituire le cose esistenti sulle quali si esercita in certi casi una specie di *jus in re*, che non può concepirsi nell'opposto. Quindi ricorre tanto spesso la distinzione fra i frutti esistenti e i consunti. § *si quis, a non domino*, Instit., lib. II, tit. I, Leg. 22, Cod. de rei vend., etc

riparto, forse erogato nei più urgenti bisogni; 4° che il sistema contrario era generalmente adottato, e aveva fatto buona prova.

Ciò che deve rimanere intatto, osservò TROPLONG (n° 846), è il capitale; gli utili eventuali che si raccolgono via facendo, sono destinati alla consumazione; i creditori non hanno potuto farvi assegnamento per accrescere il capitale. Essi dovriano provare che la distribuzione fu fatta con mala fede e con frode (1). Il terzo motivo sopra indicato era più forte di quello che può parere. Avvertiva non fuori di proposito il DÉLANGLE (*Sociétés*, tom. I, p. 348) che questo sistema conviene in un modo che può dirsi particolare all'accomandita. Che quella percezione degl'interessi, quello andar godendo dei prodotti mentre l'affare è tuttavia in corso, era un allettamento, di cui non devono privarsi gli accomandanti, non facili a prestarsi in questa maniera di speculazione nella quale essi rappresentano quasi una parte passiva. Ad attenuare la forza di questo argomento può osservarsi, che nella presente età del commercio il motivo non ha più la opportunità dell'epoche primitive; nondimeno la equità da cui è inspirato non è scaduta col tempo.

443. Ma intanto la nostra legge, che vuol esser perfettamente giusta, ammonisce che per far luogo al dividendo occorre che il bilancio annuale, lealmente fatto, presenti *benefizi sufficienti al pagamento* (2). È questa la condizione nell'adempimento della quale riposa la concessione.

Veramente ciò che decide è *la buona fede*, come il nostro legislatore ha detto. Che è mai un bilancio redatto mentre l'azienda sociale cammina, che si trova avere una quantità di affari pendenti, ed altri in costruzione, crediti da esigere, merci comprate e non ancora entrate nei magazzini, contratti a rischio, dei quali niuno può preveder l'esito? Non è dunque il positivo, il reale che si richiede; sarebbe un voler l'impossibile: si richiede una opinione sincera, l'opinione del galantuomo che dominando quasi da loco superiore la situazione, dice a se stesso: le cose vanno bene, siamo in vantaggio, c'è a sperare il meglio.

La legge si esprime esattamente a mostrare che non è *sulla buona fede dell'accomandante* che va ad elevarsi la questione. La buona fede dell'accomandante si presume; dee ritenersi. Egli non fa i bilanci; per così dire, li subisce. A lui giova accettarli, se lusinghieri e presaghi di fortuna, offrono dei risultati soddisfacenti; non spetta a lui combatterli o sindacarli; o almeno non è obbligato ad assumersi questa briga.

Ed è appunto perchè l'accomandante manca, si può dire, di coscienza in questo affare, che la sua buona fede è sempre presunta; e la buona fede di lui non è il punto di mira in una questione che fosse per nascere coi terzi, oppugnanti la opportunità e la lealtà del dividendo.

È la buona fede del gerente in ispecial modo e principalmente che si considera: non tanto nel soggetto quanto nell'opera e nell'azione.

I bilanci devono *esser fatti lealmente;* è questo il primo punto; non vi si hanno a trovar lacune, esagerazioni, reticenze; vogliono essere veritieri: non basta l'apprezzamento della situazione sulla base di un bilancio esatto, deve esser *quale farebbe un galantuomo intelligente in quello stato di cose*. Se non m'inganno questa formula è precisa. È d'uopo aver presente che più d'una volta una società che si ravvisa pericolante, si affretta a fare dei bilanci più o meno appariscenti che la rilevino nel credito, mentre ne deduce all'occasione dei dividendi utilissimi, perchè intanto si realizzano, e a restituirli ci penseremo poi. La sorte dei contributi passati agli accomandanti, in conto utili, dipende dalla lealtà o slealtà dei gerenti o dei soci coagenti o coamministratori: se in effetto non c'era niente a dividere, se si era in perdita, se la società non poteva dissimulare a se stessa questa condizione di cose, si è fatta frode ai creditori: bisogna restituire e interessi e quote di utili che, come dissi di sopra, sono parificati (3).

La legge ha posto implicitamente a base del calcolo *il bilancio:* non si potrebbe difatti agire in altro modo. La convenzione sociale che statuisse un altro metodo, un'estimativa per es. del gerente, o se vuolsi di altri due soci incaricati dell'esame della situazione, e simili, non potrebbe dar luogo a reclamo fra i consoci; e, a cose prospere, non ci sarebbe che dire. Ma in faccia alla disgrazia e alle recriminazioni

(1) Di ciò si parla al numero che segue. Del resto la dottrina era, può dirsi, unanime: rare e deboli le opposizioni.

(2) ..... *quando dai bilanci risultino.....* Era più esatto il dire *risultassero:* nondimeno s'intende che il testo vuol riferirsi al tempo del bilancio.

(3) Gli azionisti in accomandita devono riportare i dividendi se quando furono distribuiti si dichiarò che gli affari erano in cattivo stato; ciò escluderebbe la buona fede sì dei gerenti che degli accomandanti (Corte di Pau, 18 dicembre 1865, *Journal du Palais*, 1866, pag. 798).

Digitized by Google

dei creditori, la lealtà dell'operazione non sarebbe abbastanza difesa.

Si accenna pure a *bilanci annuali*. Questa è difatti la usanza generale del commercio, e qui pure il variare di sistema non sarebbe argomento di buona fede.

444. Le somme percette dagli accomandanti per ragione d'interessi o in conto di utili, si presumono *consunte;* ma che dovrebbe dirsi qualora constasse che le somme non si sono ritirate, ma rimasero nella cassa sociale in credito del capitalista in forma di conto corrente? Venuto il fallimento della società, l'accomandante può forse pretendere di ritirare quelle somme sotto la invocazione dell'art. 121?

Le somme, che la società doveva all'accomandante a titolo d'interessi, hanno a ritenersi pagate, disse nel tema la Corte di Rouen nel 30 marzo 1841 (*Jour. du Pal.*, 1841, pag. 473, tom. I); l'accomandante non le ritirò e ne fece un prestito alla società medesima. Perchè non dovrebb'essa restituire il prestito, come ad un terzo qualunque che gliene avesse fornito? DÉLANGLE approva senza esitanza questa decisione. Essa è virilmente combattuta da BÉDARRIDE (n° 235). La questione è gravissima.

Osserva questo autore, essere incontestato, che l'accomandante non ricupera una parte qualunque della sua importazione prima e a carico dei creditori; il che dicesi eziandio degl'interessi che sono accessori e tengono la natura del capitale (1). Si ammette che quando codesti accessori del capitale siano stati realmente percetti in buona fede, e così pure ogni altro acconto di utili, non si abbiano a restituire per motivo di equità presumendosi consunti: ma ella è una limitazione e non deve eccedere il caso significato. Li avete voi percetti gl'interessi? Li avete consunti? No: vedeteli là: essi esistono accresciuti di altri interessi formati dal tempo. Si tratta di ritirarli adesso, di fronte ai creditori insoluti; voi socio della disgraziata impresa vorreste essere preferito ai vostri creditori!

Si risponderà ancora coll'argomento della Corte di Rouen: doversi considerare due operazioni, l'una dello eseguito pagamento degli interessi; l'altro di un prestito fatto della somma alla società. Ora non può forse l'accomandante prestare alla società, e formare con ciò un credito particolare come ogni altro prestatore, anche in conto corrente?

È vero questo? Io credo non se ne possa dubitare. « Le commanditaire, comme tout autre associé (insegna ALAUZET, *Comm.*, n° 156, tom. I) en outre par la mise par lui promise et versée, peut avoir dans la société des fonds qui à lui appartiennent, et s'être engagé même à les y laisser; c'est ce qu'on appelle *compte courant obligé;* à moins des stipulations contraires, ils *ne forment pas une addition à sa mise;* et le commanditaire, doit être, quant à ces fonds, considéré et traité comme créancier » (2). Anzi si combina molto facilmente che un capitalista che crede poter azzardare 100 mila lire in una impresa sociale, non personalmente obbligandosi, ma quale accomandante, si presti a dare in mutuo altri 100 mila lire pei bisogni della società: ben inteso a contratto distinto e separato o con interessi relativi.

Ma ritenuta la possibilità di questo doppio rapporto giuridico, altri risponde, che nelle condizioni del nostro problema non si concede la esistenza di un prestito, imperocchè il valore del quale sarebbe costituito, fu sempre sociale e non divenne mai proprietà particolare del supposto prestatore. Perchè mai? Perchè in realtà ed in fatto voi non foste mai creditore di quella somma; ovvero se ne foste creditore, è venuto un momento in cui dovete cedere alla necessità delle cose, non potendosi concepire che un socio sia preferito ai creditori della società su quelle somme che pure gli fossero dovute dalla società medesima.

Sono aspetti assai differenti della questione: bisogna nondimeno percorrerli. Se si dimostra che l'accomandante non fu mai creditore; che i bilanci furono artifiziosi e non veri, la restituzione è sempre dovuta in forza del nostro articolo 121: molto più se in tale stato di cose l'accomandante si astenne per un motivo qualunque dal toccare il quoto d'interesse o di utili: questo valore ricade di pien diritto al consorzio sociale e quindi ai suoi creditori. Questo punto rimane incontestato.

Invero la nostra tesi parte dalla ipotesi che l'accomandante avesse potuto ritirare *ed anco ritenere* la somma; e implicitamente si ammette che potesse farne un prestito *ai consoci*, mutato il titolo e la ragione del credito; poichè se con una mano ritirata la somma, porgeva l'altra a fare della stessa somma un prestito, nulla vi ha d'inconcepibile, nulla che

(1) *Idem juris est in eo quod accrevit, quod et in sorte est* (STRACCA).

(2) In generale ne conviene anche PARDESSUS, qualora la somma sia ben distinta, da non potersi confondere col capitale d'immesso (n° 1036).

non sia assai ovvio; e non avvenga ad ogni momento nel giro delle contrattazioni. Tutto cambia a fronte dei terzi creditori del fallimento. Essi fanno un discorso molto semplice. Se mi opponeste il fatto compiuto, l'assegnamento, la percezione e la consumazione di buona fede, sareste protetti dalla equità dell'articolo 121. Ma le cose sono d'altra guisa. Non avete nè percetto nè consumato in buona fede; e siete arrivati ad un tempo nel quale tutto questo *initium habere non potuisset*, nel quale non potete più fare ciò che avreste potuto allora. Quella somma non è che lo sviluppo e l'aumento del capitale importato: sviluppo e aumento affetto alle azioni dei creditori come il capitale medesimo. E badate che noi non diciamo con ciò che voi, accomandante, dobbiate rispondere dei debiti sociali oltre la vostra importazione: ma si tratta della importazione medesima o dei suoi accessori.

Si nega quindi la realtà del titolo del prestito, e dicesi illusorio. Si presta il proprio: ma si è provato che la vostra proprietà di un momento, anche ammettendola, non restò in voi, ma pei fatti successivamente avvenuti diventò pegno dei creditori della società per la stessa vostra posizione giuridica di socio accomandante.

E questa parmi la verità (1).

—

445. È patto lecito e non raro che un accomandante, sborsato per es. un quinto del capitale in lire 6000, si obblighi di versare sino a lire 30,000 altrettanta somma ad ogni tre mesi; colla comminatoria di perdere ogni diritto sulle somme pagate mancando al pagamento puntuale d'una sola rata. Se una simile convenzione è pubblicata regolarmente con tutti gli altri patti fondamentali della società, io non veggo perchè non debba avere il suo effetto sì verso i consoci che verso i terzi.

Ciò per altro è molto contestato: da BÉDARRIDE specialmente (*Des sociétés*, n° 239). Le sue opinioni mi sembrano erronee; io debbo combatterle perchè la grande autorità dello scrittore le rende pericolose.

Si è cominciato dall'attribuire i più strani effetti alla convenzione dopo aver dubitato della sua sussistenza giuridica. Che patto è questo, si è detto? Come un'accomandita su tali basi può guadagnare la confidenza del pubblico; un capitale di puro nome, che svanirebbe (2) secondo il piacere degli stessi accomandanti? Il loro interesse sarebbe di andar ritardando sempre i pagamenti, sicuri come sono che in caso di fallimento non saranno perseguiti, mentre possono invocare a proprio profitto il patto sociale!

Fisso l'egregio scrittore nella idea che un tale risultato sarebbe contrario alla ragione e al pubblico interesse (3), onora delle sue lodi una sentenza del Tribunale di commercio di Lione, che, disputandosi del valore di simile convenzione rimpetto ai terzi, espresse questo criterio: la clausula penale non essere operativa che in ordine ai soci fra loro: la società potere acquistare la proprietà delle somme già versate dall'accomandante che aveva sospeso i pagamenti successivi, ma alla condizione di subentrare nell'obbligo del debitore moroso e di versare essa stessa, la società, nelle proprie casse, il rimanente, onde non fosse illusorio il pegno ch'esso doveva ai suoi creditori.

Rimpetto ai terzi si dichiara che assolutamente *la clausula è nulla;* ch'essa è distruttiva dell'articolo 26 (4), surrogando alla obbligazione ivi prescritta l'arbitraria volontà degli accomandanti; conseguenza: che al fallimento del gerente o della società, essi dovrebbero pagare il rimanente (5).

Le correzioni che mi sembrano doversi portare a questa dottrina sono le seguenti.

Per me, come io diceva, il patto non ha nulla d'inormale in se stesso e di contrario alla natura della prestazione in accomandita. Che l'oggetto enunciato, che la forza dei capitali, che il modo e il tempo dei versamenti possano

(1) La Corte d'Angers sentenziò all'appoggio di questi principii (18 febbraio 1843, *Journal du Palais*, 1843, tom. II, pag. 466). Un socio accomandante si era annualmente accreditato verso la società dell'importo delle sue quote di utili. Avvicinandosi la crisi, ritirò la somma cogl'interessi. Sulla istanza dei creditori insoddisfatti, fu condannato a tutto restituire.

(2) Precise parole: — *Qui s'évanouirait au gré de la volonté ou de l'intérêt des commanditaires.*

(3) « La raison, l'intérêt public lui-même protestent contre un pareil résultat ».

(4) Del Codice di commercio francese, che è del tenore preciso del nostro art. 121, periodo primo.

(5) « En résumé, le montant de la mise doit être intégralement versé par chaque accomanditaire ». Sicchè i sindaci del fallimento hanno azione per obbligarneli. L'autore fa molto appoggio nella decisione della Corte di Lione del 31 gennaio 1840, che confermò l'accennata del Tribunale di commercio di Lione (*Journal du Palais*, 1840, tom. II, pag. 18). Ho esaminata quella decisione che si aggira intorno a una specie di fatto alquanto dissimile; e in massima non ci fa ostacolo.

Digitized by Google

o no inspirare della fiducia, e accreditare la impresa, non è cosa di cui si occupi la legge: la legge vuole patti schietti, sinceri, e portati alla scienza del pubblico: al pubblico l'accordare quel grado di fiducia che crede.

Perchè dunque dovrà dirsi che la clausola è nulla? Non è forse nell'interesse della società e dei suoi creditori ch'essa è stata stipulata? (1). Non diremo dunque ch'essa è nulla; ma invece che la convenzione dev'essere adempita regolarmente, sinceramente, e non traviata o abusata.

Nè è punto vero che l'accomandante abbia interesse di non pagare o di ritardare i pagamenti. Oh! quale interesse potrebbe avere di perdurare in sì falsa posizione? La società ha l'alternativa facoltà o di accettare la decadenza del moroso, o di costringerlo ai pagamenti restanti senza profittare della clausola penale. Nel primo caso: l'accomandante ha irrevocabilmente perduto insieme al capitale sborsato ogni diritto sociale. E non è un bell'affare. Nel secondo può esser colpito dalle azioni della società, per dovere oltre il capitale anche gl'interessi: e il debitore non ha punto la balía di pagar quando vuole.

Ma la società, e per essa l'amministratore o gerente, a cui spetta l'esercizio alternativo, è forse obbligato, per amore dei terzi, di spiegare un'azione piuttosto che l'altra? Non potrà approfittare dei suoi vantaggi? Tizio accomandante doveva immettere 100 m. L. in rate. Dopo averne pagate 60,000 si arresta; ha la chiragra, e non può versare le altre 40,000. Ebbene il gerente stima utile al consorzio di far uso della clausola penale: Tizio ha perduto il capitale delle lire 60,000 e tutti gl'interessi e profitti che gliene sarebbero derivati.

Ciò non va, dice il nostro egregio dottore: la società ha fatto male: essa è responsabile verso i terzi: deve pagar essa tutto quello che non ha fatto pagare all'accomandante al quale ha permesso di pagar meno di quanto doveva!

Vi è forse della mala fede in questo modo di agire? Se vi è, siamo d'accordo anche noi. Ma noi vediamo da una parte una convenzione non ignorata dal pubblico; dall'altra un patto utile, ed un'azione esercitata nelle vie di diritto. Se il patto è valido, se non c'è abuso nella esecuzione, di che possono dolersi i terzi?

Diranno forse: a noi stava meglio il pagamento dell'intero capitale. Lo comprendo. Essi alzano la voce lamentosa quando la società ha perduto il credito, quando è fallita. Per questa sua disgrazia, la società stessa non ha potuto godere i frutti della sua vittoria; poichè, a dir vero, il fatto della decadenza e l'acquisto del capitale non avrebbero prodotto reale benefizio, se non prosperando le cose sociali. Se fu un male per essa, lo fu eziandio pei suoi creditori: un male però che non era nello stesso contratto, sostanzialmente utile, ma nelle vicende del commercio che hanno fatto sì che non si è potuto ricavarne tutto il profitto. Vogliamo ogni cosa riferire all'interesse e niente alla giustizia? Sarebbe giusto il costringere l'accomandante decaduto, condannato alla perdita del capitale, di pagare i residui solo perchè ciò potrebbe giovare ai creditori della società? La sua situazione non fu forse allora definita? (2). *Una via electa*, si potrebbe volerne un'altra dai creditori che devono ben rispettare il fatto del gerente, nel legale esercizio delle sue funzioni in quel tempo, mentre altri (3) hanno per esso acquistate delle eccezioni perentorie, opponibili quindi agli stessi creditori della società?

Di fronte poi alla società, due cose sono indubitate: 1° Che durante la sua vita, i terzi non avrebbero avuto azione contro di essa nè per impedire al suo rappresentante l'esercizio dell'alternativa facoltà che aveva dalla convenzione (4), nè per costringerla a versare il residuo capitale che l'accomandante non era più tenuto a pagare in compenso della perdita che aveva subito di quello già immesso; 2° Che, al fallimento, la società, o le persone che la composero, sono caricate della totalità del debito che riassume l'infausto risultato della sua impresa e sarebbe irrisorio l'andar cercando le cause del disastro per mettere il dito su quella che vuolsi attribuire al non versamento del residuo del capitale d'accomandita, onde costringere la società a versarlo *elle-même* nei momenti propizi di un fallimento.

(1) Questo è stato lo spirito e la ragione del patto. Il debitore che non paga abbandona alla società i capitali pagati e li perde, come vengo a dire.

(2) Se la situazione non fosse stata definita; se la cosa fosse ancora in pendente, è certissimo che i sindaci del fallimento, anzichè accettare la decadenza, sterile di effetti, obbligherebbero l'accomandante a pagare il resto del debito.

(3) Lo stesso socio decaduto, e i suoi creditori.

(4) Già pubblicata e nota al pubblico.

Digitized by Google

Articolo 122.

L'accomandante non può fare alcun atto di amministrazione nè essere impiegato per affari della società nemmeno in forza di procura.

Questo divieto non si estende a quei contratti che la società facesse per suo conto coll'accomandante, o che questi facesse colla società come farebbe con ogni altra casa di commercio.

446. *Dello spirito e scopo morale e conservativo dell'articolo 122.*

447. *Cominciano le distinzioni per regolarne l'applicazione a termini di giustizia.*
Distinzione fra i fatti interni ed esterni del socio accomandante. Diritto di deliberazione, misurato a una teoria del PARDESSUS.

448. *Facoltà di consigliare, di sorvegliare alla buona condotta degli affari, ma senza imporsi al gerente.*

449. *La dottrina specificata in esempi.*

450. *Di qualche decisione che si atteggia al rigore. Teorema per discernere la posizione dei terzi rispetto ai fatti interni od esterni e palesi dell'accomandante.*

451. *Esame di alcune speciali combinazioni:* a) *azioni personali del socio accomandante verso la società;* b) *delle sue operazioni in qualità di commissionario;* c) *se l'accomandante sia gerente di un'altra società.*

452. *Estensione di questa dottrina nell'uso pratico. Riepilogo dei varii rapporti che tra il socio e la società, come persona, possono verificarsi.*

453. *Il socio accomandante non può funzionare quale preposto e commesso della società. Può essere addetto a lavori interni.*
Del capitale in accomandita fornito dall'industria. Prestare in modo ostensibile e pubblicamente l'opera promessa non è un ingerirsi negli affari sociali.

---

446. Lo spirito di questa legge, che nacque fra molte opposizioni, e solleva ancora non poche difficoltà, è il prodotto della esperienza che non falla. Quante volte egregi speculatori, di nome accomandanti e personalmente irresponsabili, avendo il maggior interesse nella impresa, dopo avere spinti gli affari in tutte le direzioni senza riuscire, nel giorno del *redde rationem* ridivennero, sotto la pelle dell'agnello, accomandanti! Esposte ai colpi dei creditori rimanevano alcune individualità senza credito, presso a poco come i responsabili dei giornali, persone fittizie, soci solidali, gerenti di aspetto, e disperati nel fondo: indegne mistificazioni, che i legislatori condannano, proclamando tali operazioni e tali qualità incompatibili.

La redazione (art. 122), che vediamo sempre mantenuta dalla serie dei legislatori che si sono succeduti in Italia, è quella prima e originale proposta dal Tribunato; essa ha resistito a tutte le critiche. Anche nei primi tempi si gridò alla ingiustizia e alla violenza. Son note le declamazioni di FRÉMERY. Si osservò che per lo timore di un abuso, che non può supporsi *a priori*, si vietavano le più naturali relazioni; si privavano i soci del reciproco appoggio e soccorso; la proibizione di agire per procura era specialmente censurata. Il procuratore, dicevasi, ha una posizione troppo distinta dal suo mandante agli occhi del pubblico, per immaginare che altri sia per affidare nel suo credito personale, sapendosi ch'egli non obbliga se stesso. Malgrado cotali osservazioni che non sono senza forza, il legislatore ha tenuto fermo: e in vero non trattavasi di qualche fatto contingente della istituzione che fosse mestieri prevedere, e si potesse reprimere con pena. Trattavasi della vita della istituzione; l'accomandita, la responsabilità limitata, il confine delle obbligazioni, non potrebbe più discernersi quando tutti gli ordini fossero confusi.

Ma si è forse detto agli accomandanti: voi non potrete ingerirvi nell'amministrazione in modo assoluto, sicchè i vostri atti saranno nulli? Eh no! Si è detto, sappiate che da quel punto sarete considerati solidari di tutti i fatti della società. Nulla di più semplice e di più giusto.

447. Questa dottrina però non ritiene l'assoluta inazione, la completa passività degli accomandanti: tale non può essere la condizione di chi ha dei diritti: la facoltà di vegliare alla loro conservazione, di tutelarli contro le

Digitized by Google

offese e i pericoli, concerne la esistenza degli stessi diritti: è una necessità, a volere che la nozione del diritto sia perfetta. Con siffatta considerazione noi crediamo di trovarci nella più stretta legalità. Ma passando al concreto, sentiamo che il problema è arduo.

Si deve primieramente distinguere fra i fatti interni e gli esterni messi a cognizione o a contatto col pubblico. Se l'accomandante che riveste abito di amministratore, di maniera che tale possa esser ragionevolmente giudicato dal pubblico, ha già oltrepassata la sfera delle sue facoltà: è in piena contravvenzione. Questo è il punto più semplice; e, direi così, la posizione più netta e fuori di controversia. La legge abborre talmente da ogni illusione del pubblico, e in guisa rispetta le sue opinioni motivate dall'apparenza atta a farsi credere realtà, che non permette ad alcuno accomandante di camuffarsi sotto una procura, che non si ha sempre presente, e si presterebbe a distinzioni argute in mano ai legisti; troppo argute perchè il pubblico possa farsene una idea precisa (1).

Questa separazione da fatti interni ed esterni è un criterio solido, non però decisivo. Vi sono ancora dei fatti interni che valgono la gestione, o una vera ingerenza nella gestione; e degli atti che possono prodursi anche all'esterno senza averne il carattere.

Osserviamone qualcuno di codesti fatti: tosto le idee saranno chiare.

Uno dei più importanti è il concorso nelle deliberazioni della società. L'antiveggenza dei legislatori francesi, parmi, ci diede risolto il problema sin dall'origine. « Un des droits des « commanditaires, avvertì il Tribunato, est « de participer aux délibérations générales « de la société, et ces délibérations ont souvent « pour but ou d'en approuver les opérations, « ou d'en autoriser les engagements de sort « que sous ce rapport le commanditaire y con- « court, et doit en concourir au moins par son « consentement » (2). Il Consiglio di Stato approvò il principio accettando la redazione del Tribunato. La giurisprudenza e gli scrittori posteriori vi aggiunsero il loro suffragio (3).

Ma io voglio tener conto di alcune sapienti avvertenze di PARDESSUS.

In via di limite, egli insegna, che le deliberazioni possono bensì, o devono, aver effetto fra i soci, semplici accomandanti, e fra il gerente (4), ma non già impedire che il gerente possa operare anche contro la deliberazione stessa rispetto ai terzi, e col fatto suo obbligare la società (5). La ragione dell'acuta osservazione sta in questo, che se la volontà degli accomandanti fosse suscettiva di tanta influenza da legare l'azione del gerente, essi avrebbero realmente esercitato un atto d'amministrazione. E in conseguenza non si ammettono gli accomandanti ad impugnare le operazioni del gerente contrarie al deliberato, ove involgano interessi di terzi (6).

448. Se l'accomandante si limita a dare istruzioni al gerente per regolarsi nell'amministrazione (7); verificare i libri o i conti di cassa (8), e simili, non pecca davvero. Si concede eziandio all'accomandante di prestare il suo consenso all'acquisto di un edifizio ove la società ha in animo di stabilire la sua sede; e al prestito o affare di denari qualunque che si tratterà a quell'oggetto (9). Deliberare non è agire, approvare un amministrazione non è amministrare, disse il supremo magistrato di Francia, in una specie nella quale gli azionisti, nel conserto dell'assemblea, avevano dato consigli, nozioni, istruzioni sulla condotta da te-

(1) Pietro accomandante è anche il procuratore della società. La procura è nota; si è pubblicata; si è depositata nella cancelleria del Tribunale di commercio. Il pubblico lo vede agire: si avvezza a trattare con lui. Appena è se i commercianti del luogo avvertono ch'egli è un procuratore; e benchè si firmi in tale qualità, essi lo ritengono interessato in proprio, quantunque possa nello stesso tempo agire anche per altri. La firma *per procura* si può ritenere come una forma della ragion sociale; l'agente di fatto ha tutte le sembianze di un vero gerente.

(2) LOCRÉ, tom. XVII, pag. 308.

(3) PARDESSUS, num. 1031; TROPLONG, *Des sociétés*, num. 424; BÉDARRIDE, num. 245; ALAUZET, *Comment.*, n° 160.

(4) Sicchè quest'ultimo sia verso di essi responsabile, non rispettando l'accordo.

(5) Sentenza della Cassazione francese del 15 novembre 1821.

(6) O io o BÉDARRIDE abbiamo letto male quel passo di PARDESSUS, che ognuno può riscontrare al num. 1031; giacchè quell'egregio scrittore censura il PARDESSUS per aver detto il contrario (*Des sociétés*, num. 240).

(7) Cassazione francese, 2 dicembre 1841 (SIREY, tom. XVII, part. I, pag. 441); Corte di Bordeaux, 16 aprile 1832 e 28 agosto 1838 (SIREY, tom. XXXIII, part. II, pag. 453; tom. XXXIX, part. II, pag. 43); Corte di Genova, 18 marzo 1835 (BETTINI, tom. VII, part. II, pag. 79).

(8) Bordeaux, 7 giugno 1842 (SIREY, tom. XLIII, part. II, pag. 79).

(9) Specie decisa dalla Cassazione francese nel 25 giugno 1846 (*Journal du Palais*, 1846, tom. II, pag. 454).

Digitized by Google

nersi dal gerente (1). La forza del discorso stava in questo: che il gerente rimaneva libero; che non era vincolato ai desiderii, comunque saggi e ragionevoli, degli azionisti; che il fatto loro non si versava nell'amministrazione, non prescriveva ad essa regole obbligatorie (2).

449. Ancora. Circostanze straordinarie; la dimissione o la morte del gerente; la dissoluzione o liquidazione della società, invitano tutti gl'interessati, li costringono in certo modo e loro impongono il dovere di prestare in momenti supremi il contributo dei loro lumi e della loro esperienza; e come si potrebbero dal consiglio direi quasi della famiglia, rimuovere i soci capitalisti, solo perchè la loro responsabilità è meno estesa? Perciò è stato giudicato:

Che la deliberazione avente per oggetto di accettare la dimissione di un gerente e d'investire altri di tale facoltà, da esercitarsi però liberamente e senza vincoli e restrizioni, non costituisce atto di amministrazione (nel senso del divieto); è facoltativo eziandio agli accomandanti i quali non si espongono a veruna responsabilità (Corte di Parigi, 5 maggio 1841, *Journal du Palais*, tom. I, pag. 699).

Che quando l'unico gerente ha dato le sue dimissioni, gli accomandanti possono nominare dei commissari o un gerente provvisorio all'oggetto di regolare i conti del dimissionario e amministrare provvisoriamente i fondi sociali, senza incorrere nel peccato d'ingerenza amministrativa; quand'anche il gerente così nominato, venisse a transazione con un fornitore della società, riputando ciò necessario (3) (Cassazione francese, 22 dicembre 1845, *Journal du Palais*, 1846, pag. 305) (4).

Che la cessione fatta dal gerente a taluno azionista di una parte degli utili della gerenza, non si traduce in atto d'amministrazione, non implicando partecipazione ai poteri del gerente (Cassazione francese, 23 dicembre 1863, *Journal du Palais*, 1864, pag. 772) (5).

Farò un'osservazione importante. La tendenza del pensiero moderno, fermi pure tenendo i principii, si mostra verso una certa larghezza nel moto interno; più suscettibile forse e più esigente riguardo ai terzi. La decisione che vengo ricordando è fra le magistrali. Oltre la massima, ora indicata, e l'avere coperto da ogni responsabilità il fatto del consiglio, della direzione che rimane inavvertita ai terzi e puramente interna, risolve nello stesso senso un merito più grave.

Un capitalista accomandante aprendo un credito colla società aveva stipulato parte degli utili relativi alla gerenza; oltreciò si era per patto inibito al gerente di fare acquisti d'importanza senza il consenso di lui. Non implicare atto d'amministrazione, non cadere nel divieto della legge questo fatto dell'accomandante, stanziò la decisione suddetta, *non essendo perciò l'accomandante messo in rapporto col pubblico.*

Fintantochè l'accomandante si rimane fra le quinte e non si mostra sul proscenio, come fa a penetrarvi l'occhio del pubblico? Il pubblico non regola per nulla la propria condotta, non modifica le proprie opinioni sulla misura di quei fatti che non conosce. Del resto è certamente una bella cosa rimuovere il pericolo delle frodi, ma una società di commercio esposta a tante scosse, a tanti casi repentini, non dev'esser troppo vincolata nella sua azione; deve potersi appoggiare principalmente a quelle risorse che ha per così dire nel seno; nè si vuole abbondare negli scrupoli dacchè non si possano temere false manovre ed inganni. È già ammesso generalmente, che il rapporto di mutuante della società non è incompatibile con quello di socio accomandante, come fu

(1) Cassazione francese del 25 marzo 1846 (*Journal du Palais*, tom. II, pag. 482); e la stessa nel 29 marzo 1843 e 22 dicembre 1845.

(2) ALAUZET, *Comment.*, num. 161.

(3) Veramente non si potrebbe far risalire ai soci accomandanti la responsabilità che il gerente mandatario fosse incorso nel supposto che avesse ecceduti i termini del suo mandato.

(4) Aggiungi Parigi 25 febbraio 1829; Cassazione francese, 26 dicembre 1842, 29 giugno 1838, 24 maggio 1839.

La collezione delle decisioni, alla quale presiede quel dottissimo in commercio, che è il commendatore Caveri, riporta le migliori e più interessanti sentenze dei Tribunali di commercio. Ottimo divisamento! Ivi risplende il senno pratico che si nutre di buon senso, di equità e di scienza famigliarizzata dall'abitudine. La collezione, del sig. CAVERI, coi begli esempi che produce a nostra istruzione, protesta contro l'abolizione dei tribunali di commercio. Vi si trovano pure decisioni di tribunali civili in materia commerciale Una di queste ci è dato aggiungere alle sopra indicate (Tribunale di prima istanza di Livorno del 1° aprile 1862. Ivi, 1862, part. II, pag. 92).

(5) Un accomandante appose la sua firma a non poche cambiali tratte dalla ditta della quale era socio. Poi, scontate quelle cambiali, le portò in debito della società. Fu detto essere un tal atto non d'amministrazione ma di garanzia (Corte di Genova, 18 maggio 1855, BETTINI, tom. VII, part. II, pag. 667).

Digitized by Google

dimostrato in altro luogo colle sincere dottrine del PARDESSUS. Ne abbiamo ulteriore conferma nella citata sentenza della Corte suprema di Francia in un caso in cui singolari circostanze parevano concorrere per l'applicazione del principio più rigoroso.

Finalmente le dubbiezze cessano, sciolta la società ed in istato di liquidazione: quando non vi è più alcun pericolo d'illudere i terzi (1).

450. Qualche altra decisione si atteggia al rigore. Ha detto una volta la Corte di Parigi (2), che quelle deliberazioni per le quali dei soci accomandanti, riuniti in consiglio di sorveglianza, estendono o restringono l'azione del gerente, sono veri atti d'amministrazione, e fanno cadere sul loro capo il peso di tutti i debiti sociali: che non è dir poco. Se non si aggiungono particolari cicostanze, apprezzare le quali è ufficio dei tribunali, possono siffatte decisioni ritenersi severe ai tempi che corrono. Nella frequenza delle accomandite per azioni, una delle grandi forze del commercio moderno, è mestieri transigere alquanto su questi rigori, poichè gli azionisti che sogliono reggerne il peso, non vogliono stringersi con troppi legami. Io non dissimulo che questo o quel socio capitalista possa talvolta, lavorando abilmente nell'interno, governare al di fuori restando in vista una gerenza quasi di nome, come avvertii in altri luoghi, e nol farà per certo impunemente: ma in sì delicate posizioni i tribunali dovranno procedere con molta prudenza. Dato che i terzi possano esercitare azioni contro quell'uomo che non fu mai in loro presenza, per farlo condannare alla mole dei debiti che potranno verificarsi alla liquidazione, sarà mestieri distinguer bene qual grado d'influenza abbia veramente esercitato; se porgendo norme e consigli come avviene per coloro che essendo di molta esperienza ed autorità sogliono di frequente interpellarsi, abbia avuto in animo di assumere una direzione, e in qualche modo del consiglio suo abbia fatto legge al gerente.

Onde si può raccogliere il seguente corollario: che quando l'azione amministrativa dell'accomandante si mostra all'esterno, egli è colpito del tutto semplicemente dall'art. 123; ma se venga accagionato *di operazioni amministrative o direttive nell'interno, fuori della vista del pubblico, due cose dovranno stabilirsi: 1° lo scopo propostosi d'influire nell'amministrazione; 2° che vi abbia realmente influito.*

—

451. Alcune speciali combinazioni, nelle quali si può trovare il socio accomandante rimpetto alla società, o rimpetto ai terzi, esigono da noi qualche parola.

a) Il socio accomandante, che nella sua personalità vive realmente fuori dell'atmosfera sociale, può avere degli affari *colla* società, o *contro* la società. Esso conserva i suoi diritti, le sue azioni perfettamente distinte, sì trattando colla società, che agendo nelle norme di ragione contro di essa. Gli art. 122 e 123 sono affatto inapplicabili (3).

b) Verrà a restringersi questo principio se il socio accomandante rivesta qualità di commissionario? Il dubbio nasce da ciò, che il commissionario è, come tutti sanno, un mandatario: come tale non opera forse per la società come un gestore di essa? La conseguenza sarebbe: che un commissionario non potrebbe applicare la sua professione ai servigi della società alla quale è addetto quale accomandante.

Il buon senso comune ha levato il dubbio (BÉDARRIDE, n° 253). Secondo me, basta avvisare come siano distinte e indipendenti le sopra espresse qualità. Il commissionario esercitando la sua professione, non contravviene ai suoi doveri di socio accomandante, non potendo avere a scopo di attirare a sè l'attenzione dei terzi, e il credito: appunto perchè agisce quale commissionario, il cui esercizio è noto al pubblico.

c) Il socio accomandante, azionista, può appartenere ad altra società e rappresentarla in qualità di gerente (4). Nel presupposto che la casa *A.* da lui rappresentata sia creditrice della società *B.* della quale è un azionista, o semplice accomandante, egli nell'interesse della casa *A.* s'intromette, si adopera pel buono andamento dell'amministrazione, fa degli affari visibili, nè viola perciò i suoi doveri di accomandante: semprechè non agisca

(1) Cassazione francese, 26 dicembre 1842 (SIREY, tom. XLIII, part. I, pag. 404; DÉLANGLE, *Des sociétés*, num. 596; ALAUZET, *Comment.*, num. 161).

(2) 26 marzo 1840 (*Journal du Palais*, t. I, p. 701).

(3) Così parlando degli identici articoli 27 e 28 del Codice di commercio francese, dichiarò il Consiglio di Stato, allorchè rappresentava il pensiero dispotico, nel 29 aprile e 17 maggio 1809, e inserito nel *Bollettino delle Leggi*.

(4) La combinazione può essere contrariata, o diremo resa meno facile dal nuovo ostacolo dell'articolo 115. Tuttavia può benissimo verificarsi o perchè le società abbiano oggetto diverso, o la doppia funzione sia stata acconsentita dai consoci.

in proprio nome ma quale rappresentante della casa *A.* (1).

452. Queste idee erano divenute proprietà della dottrina, e mirabilmente temperavano la durezza della legalità. Anche questa volta la dottrina, spaziando nei campi della ragione, aveva indovinato la legislazione futura. Ed eccone la sanzione nel capoverso dell'art. 122 in conferma del 37 dell'albertino che al suo tempo fu un progresso.

Il principio va già ricevendo una grande estensione pratica: è la libertà che da ogni parte si va ribellando alle pastoie.

I vari rapporti che Tizio accomandante riveste di fronte all'ente morale *società* possono così compendiarsi: 1° *Rapporti di socio;* (e ne abbiamo già definiti la estensione e i limiti), onde mantenere distinta la propria posizione di capitalista od azionista, non responsabile oltre il capitale; 2° *Rapporti di mandatario;* agente nell'interesse della società, e quindi nel parziale interesse proprio che vi si compenetra. Ma s'egli è commissionario di professione e per tale pubblicamente riconosciuto (2), non è il socio che opera ma il professionista che esercita il suo interessante uffizio commerciale, per *tout le monde;* e non vi sarebbe ragione di privare della sua abilità ed energia la società solo perch'egli ne fa parte: motivo di più per impegnare la sua attività; 3° *Rapporti personali*: dei quali abbiamo parlato; 4° *Rapporti di rappresentanza*: quando l'accomandante agisce per altri e nell'altrui interesse.

Questa moltiplicità di persone, non fittizia ma reale ed esistente nell'ordine dei fatti, partorisce per necessaria conseguenza differenzialità di rapporti giuridici, che il raffinato senso della giurisprudenza comprende e rispetta. Nell'ultimo aspetto specialmente sarà un curioso movimento quello in cui si vedrà quel gerente di società aliena, che è insieme un socio, ora attivamente operare in un interesse comune (3), ora combattere contro la società: e tutto questo per la semplice ragione ch'egli agisce visibilmente ed esclusivamente nell'interesse di un terzo di cui si dichiara il rappresentante (4).

453. Ma l'accomandante può esercitare pubblicamente la funzione di commesso, fattore, preposto e simili, senza cadere sotto la censura della legge?

La regola, dice PARDESSUS « est tellement « sans exception (5) que nous ne croyons pas « que des facteurs ou commis de commerçants « pussent être admis dans le commerce de « leurs maîtres, soit en y versant leurs propres « fonds, soit en faisant considérer leur travail « comme une mise évolue déterminément » (n° 1030). La dottrina insegnata dal PARDESSUS, che è quella di molti altri, sembra essere stata riprodotta nel nostro articolo 122 (Parte prima). Ma forse il nostro testo non ammette il menomo temperamento, veruna distinzione?

Io credo potersi adottare una distinzione ch'era già stata preparata nella comune dottrina. TROPLONG, che scriveva di una legge affatto identica, stimò che un impiego del tutto estraneo all'amministrazione fosse possibile; nè altrimenti interpretò la Corte suprema di Francia (15 marzo 1847). Di commessi, di preposti, e simili ministri della negoziazione, *coram publico*, non parliamo: essi sono recisamente esclusi dalla lettera e dallo spirito del testo. Ma « le commis inconnu (mi valgo delle « parole di TROPLONG) qui tient les écritures; « mais l'agent, occupé loin des tiers d'une « manière quelconque; mais l'auxiliaire pré- « posé à des fonctions qui ne sont pas et ne « peuvent être celles du gérant! Tous ceux-là « ne s'immiscent pas; il ne peut pas dire « qu'*ils soyent employés à ces affaires de la « société* dont le maniement constitue la raison « sociale » (n° 436). In questa tesi noi supponiamo un socio *accomandante;* uno cioè che ha immesso un qualunque capitale reale e sia altresì impiegato nelle interne officine; non però nell'amministrazione propriamente detta.

Che sarà di coloro che portano a contributo sociale un valore d'industria, un prodotto scientifico, o l'eccellenza della loro arte in un dato genere di lavori e di fabbricazioni? In

(1) E fu deciso nella sopraindicata sentenza della Cassazione francese; fondata eziandio nella nuova Legge del 6 maggio 1863, che in senso più generale nell'articolo 28 dice: « Les avis et conseils, « les actes de contrôle et la surveillance, n'en- « gagent point l'associé commanditaire ».

(2) Note caratteristiche, e da bene osservarsi.

(3) Gerente della casa *A.*, cospicua creditrice della società *B.*, potrà insieme trattare colla casa *C.* di Londra la vendita di cento azioni del Credito mobiliare; niuno ravviserà in lui il socio accomandante, che mette la testa fuori del guscio per primeggiare nella impresa sociale con inganno dei terzi.

(4) Intorno a ciò PARDESSUS, n° 1030; TROPLONG, *Des sociétés*, n° 434; DÉLANGLE, n° 382; MALPEYRE e JOURDAIN, pag. 133; ALAUZET, *Comment.*, n° 162, e nella comune giurisprudenza.

(5) Per noi, e per lo stesso autore, è tutt'altro che senza eccezione, come fin qui abbiamo veduto.

Digitized by Google

qual modo dovranno essi mettere ad effetto i loro mezzi, esercitare la loro professione nell'interesse sociale senza compromettere la loro posizione di soci accomandanti?

Se non che, vi ha una questione preliminare: si possono recare dei valori industriali nell'accomandita? Potrà obbiettarsi che la legge parla di *soci capitalisti*: si troverà difficile a concepire come le opere di mano o di mente, per quanto stimabili, possano entrare in una accomandita sotto forma di capitale. La difficoltà sparisce quando l'opera o il suo valore effettivo sia stato valutato a cifra precisa nella convenzione. Un macchinista, che figuriamo assai valente, pone ai servigi della società l'arte sua per una quota utilitaria valutata lire 10,000. È quello il suo capitale; egli ha messo 10,000 lire nella società, importo del suo lavoro; un ingegnere contribuisce in valore di scienza o d'opere da prestarsi alla società impresaria di scavi o di costruzioni ferroviarie lire 30,000; ed ecco pure il suo capitale. Se le cose vanno male, il primo perderà lire 10,000, e tre volte tanto il secondo, ossia il frutto del lavoro che vi corrisponde. In vero non si fa controversia dagli scrittori su questo punto. Ma i signori Malpeyre e Jourdain non intendono come mai potrebbero di tali accomandanti esercitare l'arte e l'industria che promessa hanno, senza ingerirsi nell'amministrazione (1).

La gestione della società, osservano essi, non consiste in atti puramente amministrativi; ess'abbraccia altresì l'opera materiale e intellettuale che anima la impresa, e per la quale forse esiste (2). E ne deducono: se dei fabbricatori di prodotti chimici che si occupano giornalmente nei laboratori costruiti negli edifizi della società a creare di tali prodotti, prestano la loro opera personale, non possono conservare la loro qualità di accomandanti.

Viene in soccorso Alauzet (n° 161) a questo ragionamento in parte vero, indicando qui pure il *distingue saepe;* giacchè raramente le verità pratiche stanno nelle proposizioni assolute. Se l'industria del socio accomandante, egli dice, si esercita rimpetto al pubblico, onde si mette in evidenza, sono le sue parole, la direzione delle operazioni sociali, bisogna convenire coi signori Malpeyre e Jourdain. Ma se lavorasi negl'intimi recessi degli studi e dei laboratori, alla sola applicazione dell'arte; se la funzione personale si limita alla direzione, o alla sorveglianza degli operai *senza occuparsi dell'acquisto delle materie e dello smercio dei prodotti* (ecco il punto vero), non vi ha per parte loro ingerenza nella gestione sociale. Non sarebbe favellare con proprietà il dire che quelli *sono affari sociali*: sono lavori che conservano, aumentano, arricchiscono il patrimonio sociale ossia la sua ricchezza materiale: il pubblico credente è per rallegrarsene, nè potrà mai persuadersi ragionevolmente che un socio d'industria *amministri*, esercitando la sua industria in un modo più o meno cospicuo.

Articolo 123.

Nel caso di contravvenzione al divieto espresso nell'articolo precedente, l'accomandante è tenuto in solido coi soci in nome collettivo per tutte le obbligazioni della società.

454. *Norme per regolare l'esercizio dell'azione diretta a realizzare la responsabilità del socio accomandante che si è ingerito nell'amministrazione.*

Esposizione di due opposti sistemi: l'uno dei quali pretende che il socio, che in quel caso ha soddisfatto del proprio tutto il debito sociale verso i terzi, debba esserne dai consoci indennizzato, per quanto supera la somma del capitale immesso in qualità di accomandante: l'altro lo vuole condebitore al pari di tutti gli altri.

455. *Noi convenendo coi principii del secondo sistema ne modifichiamo le conseguenze.*

---

454. L'accomandante *non può far alcun atto d'amministrazione*, dice l'art. 122: basta dunque un solo atto d'amministrazione, per dover soggiacere alle conseguenze gravissime dell'articolo 123.

La legge non distingue fra i debiti ante-

(1) *Traité des sociétés commerc.*, pag. 142.

(2) Una società commerciale per lo scavamento di miniere e commercio dei prodotti.

Digitized by Google

riori e posteriori alla ingerenza di lui: egli deve rispondere in solido di tutte le obbligazioni dal principio al fine senza potere più uscirne.

I sindaci del fallimento hanno qualità per esercitare l'azione di responsabilità di fronte all'accomandante; è chiaro che i creditori non potrebbero esercitarla durante la vita della società. Le loro azioni sarebber sempre rivolte contro il gerente.

Ma l'accomandante, colpito da quest'ammasso di obbligazioni, può dal canto suo richiedere di essere indennizzato per quanto può superare il valore della sua importazione?

Poniamo con qualche modificazione la ipotesi di PARDESSUS (nº 1036) che introduce con molta chiarezza alla controversia.

A., socio accomandante, portò alla società un capitale di lire 40,000. Postosi ad amministrare, e divenuto corrisponsabile in solido dei debiti sociali, che ammontano a lire 320,000, nella deficienza della società, li paga col proprio. La società si componeva di *B.*, *C.* e *D.*, soci solidari. Il primo, cioè *B.*, era il gerente. È forse fondato *A.* per domandare all'ex-gerente *B.* (il che implica l'azione contro i singoli soci) la restituzione delle somme eccedenti il capitale importato, ossia lire 280,000? (1). *B.* e per lui i suoi creditori personali, potranno con diritto rispondere che *A.* deve considerarsi come non mai stato socio accomandante; ma sempre e unicamente un socio personale e solidario? E quindi dover sobbarcarsi alla sua parte di debito, che nella presente ipotesi sarebbe il quarto, cioè 80 mila lire?

Il maestro risolve la questione coll'approvare l'azione del già socio accomandante. Il veto legale è scritto, egli dice, nell'interesse dei creditori, semplicemente; e non dee profittare che ad essi. Rispetto ai consoci, i primitivi rapporti restano fermi; tanto meno i consoci potrebbero farne il loro pro, quanto essi hanno conosciuta e approvata la condotta di *A.* Questi per parte sua che ha fatto, quale responsabilità ha incorso, fuor quella di caricarsi di tutto il debito? Egli lo ha pagato, subentrando di diritto nelle azioni dei creditori dimessi per esserne in proporzione indennizzato dai singoli consoci (2).

Ma BÉDARRIDE (nº 260) ragiona in altro modo. L'ingerenza che lo condanna, è un fatto volontario di colui che, costituitosi socio accomandante, passò di poi sul terreno proibito a raccogliere una messe che sfortunatamente gli è caduta di mano. Più prudente, poteva conservare la sua modesta posizione: perchè non lo ha fatto? Ciò basta perch'egli non possa rigettare sugli altri veruna delle conseguenze ch'egli ha volute.

Tutto ciò è volontario, e quivi principalmente insiste la opposizione. Questo vale a respingere l'argomento contrario dedotto da una specie di complicità dei consoci, e massime del gerente. Che direste se *A.* di tutta sua spontaneità, ed espressamente, avesse dichiarato di voler assumere una posizione più attiva e più utile, brigando l'amministrazione? Per certo il gerente non sarebbe un complice.

A quello dei contrari (3) il quale osserva che la legge non confonde punto un socio accomandante con un socio in nome collettivo; ma soltanto che dichiara esser tenuto *in solido coi soci in nome collettivo*, quindi non perdere perciò, nelle sue attinenze coi consoci, la sua qualità di accomandante; BÉDARRIDE risponde che un tale argomento non è serio (parola parlamentare): l'art. 28 (il nostro 123) fa colle sue parole conoscere che la sola qualità che rimane al decaduto è quella di socio obbligato in solido.

DÉLANGLE (loc. cit.) ammette che il gerente (intendendo i membri della disciolta società) è tenuto a restituire o indennizzare l'accomandante dei pagamenti eseguiti; ma allora soltanto ch'egli valga a provare di essere stato a ciò istigato da esso gerente, o anche di avere agito col consenso di lui. BÉDARRIDE trova indifferente il consenso; e vuole che sia stabilito un raggiro doloso del gerente, e di tal maniera che l'accomandante ne fosse, come a dire, attorniato e sedotto.

455. Io credo che l'una e l'altra opinione contenga una parte di vero, ma secondo me, non tutto il vero.

A me sembra non potersi stabilire come un principio, che la legge, di cui parliamo, è creata a *solo interesse dei terzi*. Certamente il suo scopo obbiettivo è questo: preservare da ogni illusione sul conto di colui che funge pubblicamente nell'amministrazione, l'interesse dei terzi; ma in tale stato di cose due considerazioni si affacciano prontamente:

(1) Azione d'indennità che poi si verrebbe esprimendo contro gli ex-soci singolarmente.
(2) Questa dottrina è approvata dal DÉLANGLE, num. 414, e da ALAUZET, num. 164.
(3) TROPLONG, nº 420.

by Google

1° che la coerente ripartizione del debito rimpetto ai consoci è conseguenza che deriva dalla nuova sua qualità, o l'abbia assunta del tutto volontariamente, o quasi in merito della sua imprudenza gli sia stata imposta dalla legge; 2° che nell'un caso e nell'altro l'accomandante non è così estraneo a siffatta trasformazione da pretendere che nell' ultimo risultato egli debba andar immune da qualunque danno, e non abbia a rimetterci che il capitale, come se fosse sempre rimasto nella cerchia precisa della sua posizione originale.

L'argomento che più ne convince è questo. L'accomandante, divenuto socio personale, si addossò bensì delle obbligazioni gravissime, ma acquistò eziandio dei diritti: egli acquistò il diritto di dividere coi soci i lucri della impresa. La sua funzione pubblica e manifesta non fu meno aperta ai consoci che, non avendola impedita, l'hanno approvata, calcolando forse sui vantaggi che l'amministrazione di lui poteva recare alla comune impresa. Noi crediamo facilmente che l'accomandante, non potendo ignorare le conseguenze del fatto suo volontario e spontaneo (1), ma sperando nel buon fine dell'impresa, abbia voluto contribuirvi abbandonando la sua condizione passiva di semplice capitalista, per quella pericolosa sì ma pur anco lucrosa, di socio attivo, operante, di socio insomma uguale a tutti gli altri che vengono nel nome collettivo.

Non convengo adunque che i rapporti di socio accomandante siano rimasti fermi *nella loro totalità*, come asseriscono i propugnatori della contraria opinione: io penso che siano rimasti solo in parte.

Quello che a parer mio è immutabile, e deve produrre le sue giuridiche conseguenze, si è la reale importazione di un capitale eseguita dall'accomandante nel suo ingresso nella società (2). Secondo il superiore esempio, *A.* versò nella cassa della società 40,000 lire: non terremo noi conto di questo fatto? A me pare evidente che *A.*, divenuto assuntario più o meno volontario di tutto il debito sociale, e del proprio soddisfacendolo, è divenuto insieme creditore della società per lire 40,000. Ben è vero che non gliene deriva eccezione veruna opponibile ai terzi, ma si capisce ancora che, nella liquidazione generale del debito fra consoci, quel capitale dev'essere calcolato e detratto. Ne segue che, secondo il mio avviso, la ripartizione del debito verrà in questo modo: debito totale pagato da *A.* lire 320,000; deve il quarto del totale, lire 80,000; detratto l'apporto di lire 40,000 a lui incombe la somma di altrettanto. Ossia, avendo pagato, dev'esserne rifuso in proporzione dai singoli soci.

Vediamo in che precisamente la nostra opinione si discosti dalle altre.

Dice la prima. L'accomandante dev'essere indennizzato di tutte le somme soddisfatte per la società, *oltre il capitale immesso*. Questa opinione reputa ch'egli abbia sempre conservata la sua qualità attraverso le vicende che sono sopravvenute. Noi invece affermiamo che la condizione è sostanzialmente cangiata; che non vi è più un socio accomandante che possa essere ammesso a sostenere di non *dover perdere oltre la importazione:* ma deve vedersi in lui un socio creditore che ha anticipata una somma.

La seconda opinione vuole che l'accomandante, trasformato in socio di società in nome collettivo, paghi tutto, e perda persino ciò che ha portato nella società, quale socio accomandante, al suo ingresso. Sommo rigore che trabocca in ingiustizia. Avendo l'accomandante perduta la sua prima qualità, non può più considerarsi in quella condizione nella quale si libera abbandonando il valore d'importazione. La somma anticipata che si può riguardare come un prestito, ed è certamente un credito del socio, fu utile alla società: senza quella somma il debito della società sarebbe risultato di tanto maggiore, e le risorse dell'impresa sarebbonsi consumate più presto (3).

Non occorre parlare di dolo, di raggiro, di seduzioni operate dal gerente per attirare nell'orbita dell'amministrazione l'accomandante tranquillo che non ci pensava: quale interesse possa avere in tutto questo un gerente, da commettere persino un delitto, mal si comprende. Checchessia, le questioni che vanno a sorgerne, non sono per certo nelle previsioni delle leggi commerciali. Ne accenno due senza risolverle: 1° Quando è che l'accomandante sarà compatito come una vittima di

(1) Lascio per il momento la strana ipotesi della istigazione e della seduzione.

(2) Così suppongo: se ciò non fosse, se l'accomandante non avesse pagato ma solo promesso, egli non avrebbe veruna indennità da chiedere per questa parte.

(3) La sentenza 23 giugno 1862 della Cassazione francese decide che l'accomandante, divenuto socio solidale, rimane creditore della società per sue operazioni personali (*Journal du Pal.*, 1865, p. 100). Ed essere ammesso al passivo sociale appresso la condanna a carico suo dichiarata (Ivi); senza però che possa opporre ai creditori del fallimento i suoi titoli personali.

Digitized by Google

seduzione irresistibile, se ne togli il caso di violenza? 2° Il delitto del gerente avrà potuto obbligare i suoi amministrati a perdere il contributo a cui il socio dovrebbe sottostare in causa dell'assunta amministrazione?

SEZIONE IV.

Disposizioni comuni alla società in nome collettivo ed a quella in accomandita semplice.

Articolo 124.

Può essere escluso dalla società

Il socio amministratore, che si vale della firma o dei capitali sociali ad uso proprio, che commette frodi all'amministrazione o nella contabilità, che si assenta ed intimato non torna, nè giustifica le ragioni dell'assenza;

Il socio che prende ingerenza nell'amministrazione senza averne facoltà dall'atto di società;

Il socio che, costituito in mora, non eseguisce il pagamento della sua quota sociale;

Il socio caduto in fallimento;

E in generale quando concorrano fatti che costituiscano grave inadempimento delle obbligazioni del socio.

Il socio escluso non è liberato dal risarcimento dei danni.

456. *Introduzione.*
457. *Osservazioni critiche sull'articolo 124.*
Scioglimento di alcuni dubbi per quanto riguarda il socio amministratore, e se la disposizione penale di quell'articolo sia applicabile:
a) *Risultando l'amministratore in debito;*
b) *Se nell'assenza lasci un rappresentante a di lui responsabilità;*
c) *Se abbia uno o più colleghi nella gerenza;*
d) *Se l'assenza non abbia portato un reale pregiudizio;*
e) *Del modo e della forma delle intimazioni;*
f) *A chi spetti l'esercizio di quest'azione.*
458. *Della imperfetta dizione dell'articolo 124 rispetto alla espulsione del socio per indebita ingerenza amministrativa. Avvertenze necessarie onde la legge possa ritenersi applicabile.*
In quel periodo dell'articolo 124 colpirsi eziandio il fatto della ingerenza del socio accomandante che si trova così doppiamente punito.
459. *Del socio moroso nel conferimento della quota sociale.*
460. *Critica di quella parte della legge che riguarda la esclusione del socio caduto in fallimento.*

456. Le disposizioni recateci da quei due articoli, che sono di nuovo acquisto, tendono a regolare le relazioni interne fra i soci; quantunque però sembrino destinate a non esercitare influenza nell'esterno, non potremo a luogo opportuno dispensarci dall'esaminarli anche in questo rapporto.

Per istabilire queste due cose: 1° che un socio può esser espulso dalla società senza una stipulazione penale; 2° che la società prosegua

Digitized by Google

tuttavia, malgrado il mancamento di un socio, erano appunto necessarie disposizioni legislative che così ordinassero.

Noi non vogliamo estendere una legge del più rigoroso genere penale, e cominceremo dal fermare che i nostri articoli limitano i loro effetti *alle società in nome collettivo e a quelle in accomandita semplice.*

Poste queste poche osservazioni generali, veniamo all'esame delle singole parti dell'articolo 124.

—

457. *Può essere escluso il socio amministratore* per le cause nel primo capoverso indicate.

Non si tratta, come ognun vede, di privare dell'amministrazione, ma di espellere dal corpo il socio amministratore. Il caso previsto dagli autori e dalla giurisprudenza era quello della revoca della gestione. Noi assistiamo ad un nuovo diritto; facciamo dunque astrazione dal passato; la nostra parola non sarà meno libera.

Se il socio amministratore potrà *esser escluso*, potrà essere semplicemente rimosso dalla gestione; *in eo quod plus est minus inest:* eppure sappiamo che delle distinzioni si facevano fra la gerenza inaugurata nella convenzione sociale primitiva, e quella statuita per atto posteriore. Ne abbiamo toccato in altro luogo (nº 419). La nomina di un gerente, in ispecie per le società miste, è affare di gran rilievo; qualche volta è uno dei patti sostanziali della costituzione sociale; quindi la differenza fra la nomina fatta nell'atto primitivo, e in atto posteriore (1). Di solito il socio amministratore è, per così dire, il capitano, la più potente individualità dell'aggregazione: un nome intorno al quale si rannoda la fiducia del mondo commerciale.

Se un tal uomo discende sino a imbrattarsi le mani nelle falsità e nelle frodi a danno della società, dovrà subire le conseguenze di sì rei portamenti: è ben giusto: tuttavia in questo, e meno ancora in altri casi meno gravi, io non comprendo come sia stato spinto tant'oltre il rigore di questa disposizione.

Suppongo, per renderla più tollerabile, che non si parli in essa che di *rimozione* dall'incarico amministrativo; veggo ancora che la legge si restringe al *potere;* ne lascia la facoltà ai soci. Dico che la disposizione limitata a questo effetto sarebbe più tollerabile, benchè completamente inutile, mentre non ci bisognan leggi per far sapere che i soci possono fare quello che conviene al loro interesse in ordine all'amministrazione degli affari sociali. Ma la legge non ha in vista la rimozione dalla carica, bensì *la esclusione dalla società.*

Pare che il naturale e ragionevole effetto di una mala amministrazione non fosse che la privazione dell'ufficio; tanto più che, come ora diciamo, l'articolo si occupa di colpe o lievi o d'indole puramente negativa. Ma no: si è voluto proprio stabilire il *jus novum* della esclusione *ob delictum o quasi.*

Privare dell'ufficio di amministrare: non basta; ma cacciare dalla società l'amministratore *perchè si assenta*, perchè non rende ragione dell'assenza, infine perchè trascura gli affari, pare veramente troppo.

Ma inchiniamoci alla legge: indaghiamone la esecuzione.

Le osservazioni che abbiamo a fare sulle conseguenze di questa legge, le porteremo sull'articolo 125. Intanto proponiamo alcune ricerche.

a) Che vuol dire *valersi della firma o dei capitali sociali ad uso proprio?* Vi sono delle frodi manifeste, ossia delle azioni che non possono altrimenti qualificarsi; la legge non si è contentata di questa espressione. L'amministratore, dal momento che si trova in debito verso la società, è forse convinto di avere abusato a proprio vantaggio? Un amministratore in debito non è sempre un ladro: tante volte nella complicazione, nel giro continuo, incessante, degli affari, egli stesso non potrebbe asserire di essere debitore o creditore. Vi hanno di mezzo partite illiquide, e non agevoli ad appurarsi. *Abuso della firma* per gli effetti di questa sanzione, equivale, secondo me, a frode indubitata, evidente, nascente dalla qualità dell'atto. Se ad una liquidazione l'amministratore si trovi in debito, non deve per ciò solo venire ignominiosamente espulso dalla società, come un truffatore.

b) L'amministratore che *si assenta* e lascia un rappresentante, è colpito da questa penalità? Se dal patto sociale egli ritrae la facoltà di sostituirsi altro mandatario, e la persona fu nominata, senza dubbio deve in quel caso limitarsi la disposizione penale dell'articolo 124. Ma se non fosse a ciò autorizzato? L'art. 1748 del Codice civile ritiene il mandatario responsabile dei fatti del sostituito. Useremo in commercio di un diritto diverso e più rigoroso? È proprio assente colui che ha lasciato un rappresentante dei cui fatti egli è mallevadore?

Io respingo anche in questo caso l'applica-

(1) Vedi numero suddetto. Aggiungi ad appoggio l'articolo 1720 del Codice civile.

Digitized by Google

zione dell'articolo 124. Checchessia della gravità della colpa considerata semplicemente nell'ordine amministrativo, in quanto la qualità dei negozi esigesse la sua applicazione personale ed esclusiva, io punto non credo che questo socio per simil fatto meriti di essere espulso dalla società. E neppure *se intimato* non ritornasse. Per non ammettere la disposizione di una legge penale, esorbitante da ogni ragione fin qui conosciuta, a me basta che il caso non sia semplice; e possa dar luogo a più miti e non irragionevoli interpretazioni.

c) Se l'amministratore ha dei colleghi nella gestione, per costituto sociale, la sua assenza ingiustificata darà luogo all'applicazione di questo articolo?

Tale assenza porge adequato motivo alla rimozione dall'ufficio; dovendosi ritenere che la società abbia contato sul concorso amministrativo dei gerenti: ma non reputo il caso di tanta gravità da espellere dal corpo quel gerente che ha creduto di poter confidare nella operosità dei suoi colleghi.

d) Se l'assenza prolungata e ostinata quanto si voglia, sarà tornata innocua alla società, vorremo nonostante colpire l'amministratore colla sanzione del nostro articolo?

L'assenza inescusabile sarà cagione di rimuovere il gerente dall'ufficio, posto pure che gli affari non se ne veggano in iscapito, imperocchè vi ha sempre e necessariamente quello scapito che può esser misurato dal maggior guadagno, dal maggior progresso che avrebbero fatte le cose sociali guidate da più solerte amministratore (*lucro cessato*).

Neppure in questo caso io farei luogo all'azione di espulsione (1): mentre *al dolo speciale* (non soltanto *generale*) dovrebbe aggiungersi il danno reale ed effettivo che ne risente la società. *Dolo* e *danno*, secondo me, sarebbero gli estremi da provarsi.

e) Un commerciante di prim'ordine, quale si usa scegliere a capo di una cospicua impresa; legato alla società da un grande interesse materiale e morale; una riputazione distinta in quel genere; dipinto come il tipo della eccentricità e della negligenza, che s'invola dagli affari, che non ritorna al dovere della sua carica nè per eccitamenti nè per *intimazioni*, è, per quanto a me pare, qualche cosa di originale.

Intimato, non ritorna. Le intimazioni dovranno essere legali, cioè per mezzo di usciere nel luogo ove sia trovato personalmente? Basterà notificarle al domicilio reale? O basteranno eccitamenti stragiudiziali per lettere o telegrafi?

Non dettando la legge alcuna forma, quantunque il procedere per le vie legali sia sempre più sicuro, opino che potranno trovarsi sufficienti altri mezzi di richiamo, se insistenti e replicati: tali, intendo, che il non corrispondervi dimostri il fermo proposito di declinare dall'ufficio, e farsi scherno del proprio dovere. I tribunali dovranno valutare questo complesso, e risolvere dall'insieme delle circostanze, assegnando, quand'occorra, un termine perentorio a ritornare e riprendere le redini abbandonate.

f) A chi spetta l'esercizio di quest'azione contro l'amministratore?

All'universale, ossia all'assemblea dei soci. In simili emergenti, per prima cosa si nomina un gerente provvisorio, colle opportune facoltà per intentare il giudizio della rimozione del gerente ordinario, e della sua espulsione come socio, se tale è il divisamento della società. Niun socio in particolare ne ha facoltà.

—

458. *Il socio che prende ingerenza*, ecc.

Il diritto di amministrare è nella università dei soci, e praticamente nei singoli; principio non soltanto consacrato dal diritto romano (2), ma ancora dal Codice civile. « In mancanza di « patti speciali sul modo di amministrare, si « osservano le seguenti regole: — Si presume « che i soci siansi dati reciprocamente la fa« coltà di amministrare l'uno per l'altro. *L'ope« rato di ciascuno è valido anche per la parte « dei consoci, ancorchè non abbia riportato il « loro consenso;* salvo a questi ultimi o ad uno « di essi il diritto di opporsi alla operazione « prima che sia conclusa » (art. 1723).

Pare che in questo periodo si contempli il socio in genere, che, non avendo facoltà di amministrare, esercita nonostante atti di amministrazione: ma il socio ha forse bisogno di essere a ciò autorizzato? Se l'articolo 1723

(1) *Esclusione:* vocabolo più temperato, meno urtante; più generico. *Esclusione*, come antitesi di *ammissione*, riguardante l'ingresso nella società, non sarebbe una pena; ma pena e vergogna è la *esclusione* dopo l'accettazione per fatti colpevoli: in termini chiari si chiama *espulsione*.

(2) Ex hoc principio descendit ut omnes vice « mutua socii et ab jure mandatum habeant ad « rem utiliter gerendam, seu administrandam *et « hoc in re iidem sibi invicem præpositi existimen« tur* ». Glossa in Leg. nemo sociis 69 Dig. pro socio.

non è affatto fuori di applicazione nelle materie commerciali, ivi è statuito tutt'altro principio. Ma la cosa non va mica diversamente in ordine a società di commercio. Due, tre, cinque soci, unendosi in un comune affare, e non dichiarando quale di essi sarà l'amministratore della società, ciascuno amministra per mandato tacito reciproco, e in virtù della uguaglianza, che è la base della società, non sapendosi perchè l'uno dovesse aver maggiore autorità dell'altro, se dal comune suffragio non gli fosse stata conferita. Non potrebbe dunque il socio amministrante soggiacere a pena ogni volta che *non ne abbia avuta la facoltà nell'atto di società:* ma potrebb'esserlo allora soltanto, che essendosi destinato dall'accordo dei soci un amministratore, ogni facoltà in esso concentrandosi, ciascun socio in particolare si sarebbe spogliato del naturale diritto di amministrare.

Premessa questa spiegazione, s'intende che la pena della espulsione non sarà il prodotto di una ingerenza qualunque, ma tre cose dovranno comprovarsi: 1° Che la ingerenza ha una certa estensione gravità e importanza, e non si aggira sopra affari sfuggevoli, momentanei e di poco conto; 2° Che la ingerenza arrogatasi sia risultata notabilmente dannosa. Non imiteremo, credo io, il duce romano che punisce il luogotenente perchè ha riportato una vittoria senza il suo permesso. Un socio che non ha l'amministrazione, aggirandosi nella borsa, sa afferrare di volo la fortuna del cambio che in quel momento, ma in quel solo momento, si è presentata straordinariamente favorevole agli acquisti; giuoca la posta; vince una partita di milioni; ah voi lo espellerete dal vostro seno questo socio ribelle, perchè *si è ingerito nell'amministrazione senz'averne la facoltà?* 3° Che questo socio non faccia le sue operazioni col beneplacito, col consenso implicito degli altri soci: ma all'incontro sia stato ammonito, intimato, a desistere.

Di cotali avvertenze deve circondarsi la legge, perchè ne sia possibile la esecuzione. Ma comprende essa virtualmente il caso del socio accomandante contro il quale stanno due divieti: quello che sorge dalla sua stessa qualità di accomandante, e quello che è comune a tutti i soci non amministranti?

Che la legge comprenda eziandio questo caso, non sembra potersi revocare in dubbio; e me ne dolgo. Io veggo in tal guisa l'accomandante percosso da due penalità (1); decade dalla sua posizione, onerato di tutti i debiti sociali; e si trova al punto di essere espulso, per ulterior grazia, dalla società. Fin qui si era creduto col primo effetto soddisfatto l'interesse dei terzi perchè l'interesse dei terzi soltanto si credeva esposto a pericolo; ma checchessia della ragione del nuovo ordinamento, è forza ammetterlo ma colle avvertenze fatte nel precedente numero.

—

459. *Il socio che costituito in mora*, ecc.

La disposizione abbraccia sì la obbligazione del socio di società in nome collettivo, che quella del socio semplice accomandante. Sotto questo aspetto essa è più conforme a ragione. Il conferimento del fondo sociale può di vero considerarsi condizione sostanziale alla partecipazione degli utili e dei vantaggi della impresa; benchè l'antica e la nuova giurisprudenza, coll'attribuire l'azione per costringere il socio moroso al pagamento, e coll'imporgli la corrispondenza degl'interessi, stimasse di aver offerto opportuno rimedio. Ma è da temere che la faccenda non si complichi nella esecuzione: lo vedremo all'articolo che viene appresso.

—

460. *Il socio caduto in fallimento* può essere escluso dalla società!

Niuno aveva mai pensato che un *socio caduto in fallimento*, anzichè escluso *de jure* dalla società, avesse avuto mestieri di una dichiarazione della società *per escluderlo:* per il che l'articolo è venuto proprio a confonder le idee. Se il fallito *può esser escluso*, s'intende per volere ed atto della società, dunque continua a far parte di essa. Ma il fallito ha forse ancora un patrimonio, degli esercizi e delle attività commerciali che non siano devoluti a' suoi creditori? Io comprendo che il collegio dei suoi creditori potrà sostenere di volergli succedere nei lucri che produrranno i suoi capitali conferiti nella società; e intorno a ciò mi taccio per ora; ma se l'articolo voleva significare che l'ammasso creditorio poteva essere respinto dal far parte della società, quale successore del fallimento, doveva esprimersi diversamente (2).

(1) Non è veramente una penalità, nel rigor del vocabolo, la esposizione a tutto il pondo dei debiti sociali in colui che dallo stato di accomandante passa a quello di socio personalmente responsabile. È una obbligazione civile che si assume, fors'anche avvertitamente in vista di lucri e di vantaggi. L'elemento penale potrà ravvisarvisi in qualche caso, io ho usata largamente la parola *penalità*.

(2) Appena un lieve cenno, poichè la materia sarà trattata altrove.

Articolo 125.

L'esclusione del socio non produce scioglimento della società.

Il socio escluso è soggetto alle perdite sino al giorno della esclusione; la società può ritenere i lucri sino alla formazione del bilancio.

Egli è tenuto rispetto ai terzi per le obbligazioni della società sino al giorno in cui l'atto o la sentenza di esclusione sia registrato, affisso e pubblicato nelle forme stabilite dalla legge.

461. *Osservazioni critiche. Non potere il legislatore ordinare ciò che non può consistere colla necessità delle cose. Talvolta la esclusione di uno o più soci trascinare lo scioglimento della società.*

462. *Il socio escluso non è responsabile delle obbligazioni assunte dal gerente della società, resa manifesta al pubblico la di lui esclusione.*
Delle obbligazioni anteriori aventi sviluppo e realizzantisi in tempo posteriore.
Delle eccezioni che competono al socio escluso contro le pretese dei creditori.

463. *Oltre il debito di contribuire immediatamente il quoto di perdita che gl'incombe, il socio escluso rimane esposto per le obbligazioni anteriori; coll'azione però di restituzione verso i consoci, per quanto avesse doppiamente pagato per lo stesso titolo.*

464. *Se il socio escluso abbia diritto ai lucri percipiendi dai capitali a costituire i quali concorsero le obbligazioni di cui rimane responsabile.*

465. *Il socio escluso ha diritto di ritirare i capitali effettivamente immessi nella società.*

466. *Il socio accomandante, non escluso a titolo d'ingerenza, non è tenuto ai debiti della società.*

---

461. La società, espulso dal seno il membro infetto, resta nella pienezza del suo vigore: « *L'esclusione del socio non produce lo scioglimento della società* ».

È canone generale che *la morte o la interdizione* del socio ha per effetto di sciogliere la società (1). Si dà per ragione che la società non è una comunione di beni, ma un consorzio di persone, una comunicazione di spiriti e di volontà; che mancato un socio, la condizione contrattuale è cangiata. Si può domandare se non sia lo stesso allo sparire di un socio, benchè non rapito dalla morte, ma tolto alla famiglia sociale per altre cause. Si dirà forse che, morto il socio, non si può essere costretti a continuare la società colla persona dell'erede (2). Verissimo; ma che importa questo allo scioglimento della società? Essa avrà un socio di meno. Ma se in quel caso non potrebbe sussistere con un socio di meno, perchè oggi le si comanda di vivere dopo la cessazione di un socio o di più soci, che rispetto alla famiglia sociale equivale alla morte?

Chi volesse assegnare la ragione della differenza, direbbe, che lo scioglimento della società per la morte di un socio è naturale, e come tale preveduto e sottinteso nell'atto dell'associazione, ove non sia altrimenti cauto mediante convenzione espressa (3). La interdizione si parifica per somiglianza di effetto alla morte (articolo 1720, n° 4, del Cod. civ.): anche la interdizione, in quanto procede da infermità dell'intelletto, è più sventura che colpa. Ma una espulsione *ex delicto* come si potrebbe ritorcere a danno della società, provocandone lo scioglimento? D'altra parte non vi sarebbe *esclusione* possibile di un socio dal momento che la società cessasse di esistere con esso.

L'argomento assai grave e interessante per novità sarà esaminato discorrendo le varie parti dell'articolo 166, e passandoci di questa osservazione intermedia, dobbiamo soggiungere: che, per quanto ognuno debba inchinarsi alla volontà del legislatore, essa deve a sua volta piegare alla prepotente necessità delle cose.

Malgrado tutto, vi saranno dei casi nei quali

---

(1) Articolo 1720 del Codice civile.

(2) Eccettuate convenzioni, di che a suo luogo.

(3) Resta a vedere se questa dottrina, generalmente adottata, non sia stata modificata dall'articolo 166 del Codice di commercio italiano.

Digitized by Google

la esclusione produrrà lo scioglimento della società. Se la società non si compone che di due soci, uno per patto amministratore, e l'altro arrogantesi indebitamente l'amministrazione, se il primo non comporta la usurpazione del secondo, lo caccierà da sè; ossia spezzerà il vincolo sociale che non esiste che con lui: la società non è più.

Similmente se, fra quattro soci, uno amministrante, ve ne abbiano tre colpevoli d'usurpata ingerenza, di nuovo il placito del legislatore dovrà cadere per necessità delle cose.

Avvisando ad emergenti meno positivi, eppur degni di seria considerazione, talvolta avverrà che, o più soci essendo esclusi da società in pieno corso di affari, o essendo escluso taluno di essi di grande autorità e potenza, ne derivi tale una scossa nei cardini fondamentali della impresa, che si produca eziandio al di fuori, e si muti sostanzialmente la sua maniera di essere e di operare: e che ne verrà allora?

Ecco una ipotesi che ne vale un'altra. Abbiamo una società mista. *A.* e *B.*, semplici capitalisti, hanno conferito la ragguardevole somma di 300 m. lire. Quattro sono i soci responsabili, *B.*, *C.*, *D.*, *E.* I primi due sono amministratori, ma mediocri di capacità e di sostanze, non ispirano molta fiducia: essendo i più disoccupati, perciò furono nominati d'accordo alla gerenza. *D.* ed *E.* sono due banchieri colossali, che per ragioni facili a comprendersi, di quando in quando *s'ingeriscono*, fanno degli affari: certamente meglio, ma non importa, si arrogano un ufficio che loro non appartiene; e i legittimi amministratori, forti del diritto che ripetono dall'articolo 124, e trovando assai comodo di amministrare senza quel molesto controllo, fanno escludere *D.* ed *E.* dalla società.

La esclusione non produce lo scoglimento della società; è il ritornello dell'articolo 125. Ma lo reclamano i soci accomandanti: lo reclamano i creditori; lo esigerebbe l'interesse della impresa. I primi non avrebbero affidati ingenti capitali ad *A.* e *B.*, se non avessero potuto contare sul perenne concorso di altri soci assai più potenti: poco vale che gli esclusi siano tenuti per le obbligazioni preesistenti; ma chi risponde dell'avvenire della società? Anche i terzi creditori avranno le loro ragioni per insistere e sul pagamento dei loro crediti, e sulla cessazione degli assunti impegni. Un commerciante di Liverpool, che ha già fornito alla società merci di gran valore, si è pure tolto d'inviare ogni due mesi nuovi assortimenti mediante tratte pagabili di sei in sei mesi. Se più non fanno parte della ragion sociale quei grandi banchieri che d'ora in poi non saranno più obbligati dalla firma di *A.* e *B.*, il commerciante inglese, e venti altri con lui, sono in punto di ritirarsi, e per quanto possono, si ritirano in effetto: tutto è disordine: ma la legge è là: *la società non si discioglie:* perisca piuttosto, ma non si disciolga.

Vi ha di più. Il socio che subisce la espulsione può esser niente meno che l'amministratore costituito nell'atto sociale, il quale amministratore si è addormentato per un certo tempo (assentandosi); ed ora viene spogliato e dell'amministrazione e della interessenza sociale: e nonostante la sua estromissione si reputa indifferente, e non influire sulla esistenza della società!

Cavè a dissuetis, io direi umilmente al legislatore: noi siamo già usciti dall'ordine dei principii, generalmente adottati, e cominciamo a sentirne le conseguenze. È probabile che in tutto questo i più favoriti siano *gli esclusi*. Essi sono contenti di fissare la loro responsabilità a quel punto, poichè preveggono di peggio. Se io grandemente non erro, meglio sarebbe che tal legge non fosse scritta almeno nel tenore in cui suona. Ai fatti e alle circostanze; al savio criterio dei giudici, si doveva lasciare il risolvere. Talvolta la partenza, più o meno violenta, di un socio, sarà considerata come insignificante; tal altra, e sarà organicamente necessario sciogliere la società; o sarà giustizia, cioè necessario di necessità morale.

Per cavare un qualche costrutto dal nostro discorso, diremo stabilito per questa legge: *che la società non si discioglie* de jure *colla esclusione di un socio; il che però non toglie che non si possa dissolvere per autorità di giudice*, qualora l'effetto della esclusione di un socio sia tale, che la società non si sarebbe costituita senza di esso, o la sua mancanza immuti sostanzialmente il modo di essere della stessa società.

---

462. Qualche schiarimento all'ultima parte dell'articolo.

L'escluso non risponde che *delle obbligazioni incontrate dalla società sino a quel giorno.....* Rispetto alle obbligazioni nascenti da contratti già definiti, la cosa è chiara. Ma vedremo sorgere questioni serie, in relazione a quegl'impegni che hanno tratto progressivo e non si troncano d'un colpo. Io ne ho delineato un esempio al numero precedente, e può bastarmi. Il gerente ha firmato delle cambiali, ma essendo tenuto a ricevere di tratto in tratto le merci convenute, dovrà emetterne una serie ancora prima che il negozio sia completo. Fac-

ciamo un altro esempio anche più comunale. Una società appaltatrice di ferrovie, ha il carico di fabbricare gli edifizi delle stazioni, al qual effetto i gerenti hanno sottoscritti i relativi contratti. I soci espulsi resteranno responsabili fino all'esaurimento di quei contratti. Chi sa dire quali somme dovranno spendersi, quali obbligazioni dovranno ancora assumersi per giungere allo scopo!

In quale posizione si trovano i soci esclusi? Non potendo più esser rappresentati nella società, nè comparire nelle assemblee, nè più avere influenza di sorta nell'andamento delle cose sociali, ad essi non rimane che il diritto di eccepire i fatti del gerente, quante volte siano invitati dai terzi a pagare il debito che si ritiene ad essi spettare, quantunque non realizzato che dopo la loro esclusione (1).

Deducendo conseguenze dall'esempio proposto, noi dobbiamo ammettere che i soci esclusi sono tenuti per le obbligazioni che hanno causa in contratti sottoscritti, sotto la ragion sociale, dal gerente prima della loro esclusione, ma che non si sviluppano effettualmente che in tempo posteriore. Il gerente che ha fatto dei subappalti con dieci imprenditori per la fabbricazione di stazioni, ponti e magazzini, necessari alla formazione della ferrovia, obbligò tutti i soci allora presenti. Chi poco appresso viene escluso, rimane nonostante sotto il peso di tutte quelle obbligazioni. Soltanto i terzi hanno azione contro di lui; le loro azioni diverranno esercibili contro gli esclusi personalmente ed in solido, dopo la liquidazione della società, trovata insufficiente. Allora quegli esclusi, che per più anni non ne hanno più avuto contezza, si troveranno di fronte a un debito enorme; ed essi potranno, in via di eccezione o nell'interesse della propria difesa, sindacare e censurare i fatti del gerente; od opporre ai terzi quelle stesse eccezioni che al gerente medesimo sarebbero competenti, e che fors'egli non ha fatto valere.

Prima eccezione. Il gerente sottoscrisse nuove obbligazioni, si addossò nuovi impegni, non precisamente derivanti dal contratto stabilito avanti la esclusione, o modificò sostanzialmente il contratto medesimo (2). È tutta una questione di fatto; il socio escluso dirà con ragione: a tanto io non sono tenuto.

Seconda eccezione, mutuata dal diritto stesso del gerente che avrebbe potuto opporre contro i creditori, per illiquidità di titoli, per eseguiti pagamenti, o per non adempite condizioni, allo scopo di ridurre la somma del credito, o dimostrarlo inesistente. Aggiungo, che il gerente medesimo non ha potuto pregiudicare a tali eccezioni competenti all'ex-socio che si difende dalle azioni dei creditori della società. Se il gerente, mentr'era in seggio, ha fatto una quietanza della quale i creditori non possano giustificare la causa, ammessa una compensazione senza titolo, in forza delle quali acquisizioni i sedicenti creditori mostrerebbero di avere soddisfatto le loro obbligazioni relative, l'ex-socio ha diritto di rispondere, che essendo divenuto estraneo alla società, esso non era obbligato pei fatti amministrativi del gerente quale mandatario suo proprio, e poi richiamare le cose a termini di verità e di ragione, respingendo le concessioni del gerente che si mostrassero indebite.

463. Sul secondo capoverso — *il socio escluso è soggetto alla perdita.*

Il socio escluso è tenuto *alle obbligazioni anteriori* alla registrazione e pubblicazione dell'atto pel quale viene escluso, sia questa una sentenza, ovvero una deliberazione dei soci da lui accettata. Ciò abbiam visto al precedente numero: ma si dice ancora — *è soggetto alle perdite.* Sono forse questi due concetti diversi, e due conseguenze distinte?

Fermamente i concetti sono diversi. La impresa è *in perdita* quando dal bilancio risulti il suo stato patrimoniale deteriore da quello ch'essa presentava al suo cominciamento. La società può avere incontrate molte *obbligazioni* e nondimeno essere in vantaggio,

(1) Come vengo spiegando.

(2) Si era allora statuito un subappalto colla ditta *R.*; per un motivo qualunque fu stornato quel contratto, e se ne stabilì un altro negli identici termini colla ditta *S.*

Il cangiamento della persona non importerebbe mutazione sostanziale qualora il subappalto fosse comunicato regolarmente dei pari: e la condizione della società non se ne fosse aggravata.

Ma se il cangiamento fu dannoso alla società, il socio escluso, chiamato a rispondere di quelle obbligazioni, può declinare con ragione quell'eccesso di pesi che si fosse verificato dal cangiamento della persona.

Potrebbe anche nascer dubbio se la ditta *S.*, che si accollò il contratto quando la ragion sociale più non comprendeva il socio escluso, lo tenga veramente a sè obbligato. Io però ammetto il suo diritto quando la sostituzione della persona sia avvenuta coll'assenso del primo subappaltatore, che equivale all'accollo fattone da lui stesso, semprechè, come io dissi, il cangiamento non abbia recato un danno effettivo.

Digitized by Google

ciò dipendendo dalla qualità degli affari che ha potuto intraprendere con quei mezzi; dalle risorse che si è create; dai capitali che ha accumulati. La idea *della perdita* appella ad una condizione di fatto verificatasi nel giorno *della esclusione*. Invece le obbligazioni anteriori restando ferme sul capo del socio proscritto, potranno anche svanire se la società progredisca con fortuna; finalmente *la perdita* è un concetto correlativo all'interesse dei soci: *le obbligazioni* riguardano l'interesse dei terzi. Sono adunque concetti diversi (1).

Quando e come si stabilisce che *la società è in perdita?*

Dal punto in cui la esclusione si pronuncia. Adunque che si fa? Si costruisce un bilancio: si appura lo stato dell'azienda; se ne risulta, per esempio una deficienza di 30,000 mila lire, e i soci siano nel numero di sei, il socio escluso che chiameremo il signor Pietro, verserà lire 5000 nella cassa sociale.

Egli è vero che fra sei mesi le perdite saranno compensate, superate dai guadagni: ciò non conclude; pel sig. Pietro la società è liquidata; per lui è rimasta perdente, e non sarà per lui che in seguito acquisterà tesori.

Ma il punto al quale io voglio venire è questo: è proprio vero che dopo aver subite e soddisfatte le perdite, il socio escluso rimane tuttavia sotto il peso delle obbligazioni contratte dalla società verso i terzi, sino al momento della pubblicazione?

La legge lo dichiara in un modo sì preciso, in termini tanto evidenti, che non si può mettere in dubbio. E anche dev'essere per il più forte degli argomenti: che i terzi fra gli obbligati in solido tengono a buon diritto anche costui che faceva parte della *ragion sociale* quando essi accettarono le obbligazioni della società.

Ecco pertanto al netto la situazione del socio escluso: deve soddisfare immediatamente le perdite e aspettare i lucri alla formazione del bilancio; deve soddisfare le obbligazioni contratte più avanti, se la società non può corrispondervi; e così pagare due volte *per lo stesso oggetto*, mentre nel soddisfacimento *delle perdite* erano compresi gli stessi elementi di debito. Ciò è grave!

Ma gli resteranno forse delle azioni da esercitare verso i consoci per equilibrare le partite secondo giustizia? Probabile che le azioni siano per tornargli sterili di effetto, dopo il fallimento della società: ma infine non gli si potrà negare il diritto alla restituzione di quelle somme che si comprovassero pagate in doppio, quando al dimettersi dal consorzio abbia soddisfatte *le perdite*.

464. Se Pietro, socio escluso, ritiene le obbligazioni preesistenti; se rimane esposto alle azioni dei creditori in capitale ed interessi, non avrà diritto anche ai lucri ricavatisi dalle imprese in cui furono versati quei capitali? (2). No. È una privazione che costituisce parte della sua pena.

465. Perde egli ancora i capitali che ha effettivamente conferiti nella società?

Al nº 455 abbiamo presentato una soluzione forse nuova, per quanto riguarda il socio accomandante che ha soddisfatto tutto il debito sociale. Considerato nell'aspetto di socio personale solidario e non più di accomandante, avendone perduta la qualità, ha diritto ad esserne compensato, *tamquam creditor*, dai consoci. Ma qui si presenta una questione grave. Il socio escluso che vi abbia conferito dei capitali ha diritto di ritirarli?

La società rigetta uno dei suoi membri; fa completo divorzio da lui; rompe ogni vincolo che con esso la univa. Le cose dovrebbero tornare *ad primævum statum*, se non fossero esistite sino allora relazioni perfettamente giuridiche, prodotte forse per un tempo assai lungo. Come per qualunque altra società in istato di scioglimento, bisogna venire alla liquidazione. Parziale fra la società e il socio, essa finirà col metter in chiaro i diritti e le obbligazioni reciproche. Se la società non continuasse la sua marcia; se non vi fossero degli interessati i cui diritti bisogna rispettare (i terzi che non prendono alcuna parte in questa evoluzione di circostanza), tutto sarebbe finito: niun rapporto sospeso: separazione completa e totale.

(1) Che veramente siano due cose diverse, si dimostra anche da ciò che il dato della perdita si stabilisce *al giorno dell'esclusione*, siccome vengo a dire; l'escluso non cessa dalle *obbligazioni* se non dal giorno *in cui la sentenza o l'atto sarà registrato, affisso*, ecc. Per cui se il condannato vorrà uscire di gabbia, dovrà lui stesso affrettare al pubblico la notizia della propria esclusione.

(2) Si sono formate delle obbligazioni per 30,000 lire. Il socio escluso ne resta responsabile solidariamente: potrebbe venire un giorno nel quale tutto il debito si versasse sulla sua testa. Ebbene le cose vanno prospere. Quelle obbligazioni hanno fruttato alla società per lucrose erogazioni.

Digitized by Google

Ma i terzi che sino a quel tempo hanno avuto fede colla società, che per ora riteniamo in nome collettivo, acquistarono e mantengono dei diritti contro la società in generale, e in particolare contro quel socio che ne faceva parte. Se questo socio che per una necessità giuridica che è costretto a subire, esce dalla società, e cessa di appartenervi; questo socio che in proporzione alla propria interessenza (1), ha reintegrato la società delle perdite sofferte, perchè mai dovrà lasciare ancora incorporato nel patrimonio sociale quel fondo qualunque che vi ha portato e che per lui non produce più alcun frutto?

Motivo di dubitare e nucleo di questione può esser questo: che in tal modo s'indebolisce la sostanza sociale, e minori guarentigie rimangono ai creditori delle obbligazioni anteriori nelle quali il socio escluso rimane tuttavia implicato. Il fondo immesso doversi ritenere vincolato a tali obbligazioni, dappoichè i terzi ai quali erano note le forze economiche della impresa, contrattando con essa, ebbero ragione di far assegnamento sul concorso di tutti gli elementi di credito e di tutte le guarentigie, che venivano offerte al pubblico. Se le obbligazioni anteriori all'atto di esclusione fossero già tutte estinte, niun dubbio allora; creditori anteriori non sarebbero esistiti, e i posteriori, consci della mutazione avvenuta, non potevano lagnarsi. Poco giova ai terzi, che sulla base di calcoli fatti *inter domesticas parietes*, la società sia stata compensata *delle perdite:* ciò che ai creditori anteriori interessa si è di mantenere non solo le loro azioni personali contro il socio che ha subito l'ostracismo, quanto le guarentigie reali che il patto fondamentale assicurava.

Malgrado il valore di queste obbiezioni, io ritengo che la legge non abbia voluto aggravare la mano sul socio escluso sino a questo punto: essa avrebbe dovuto dichiararlo. Ciò che è nell'ordine naturale delle cose è sempre quello che si presume. È naturale che chi non fa più parte della casa sociale, piuttosto per volontà, quantunque legittima, dei consoci che per la propria, partendo si porti, a così esprimermi, le sue masserizie; ritiri i suoi capitali, ad amministrare i quali non resta più alcun mandatario nella società, e che a lui non renderebbero più frutto, come si notò di sopra; egli non avrebbe più che una sola prospettiva, quella di perderli. Una condizione sì innormale ed ingiusta non può crearsi per argomenti. Già la legge ha stimato di fare abbastanza verso i creditori mediante le previsioni e cautele che è venuta studiando: un po' più avanti, la pena della esclusione, per sè assai grave, diverrebbe eccessiva.

Più: dalla legge stessa può farsi una deduzione assai convincente in appoggio di tale assunto. La società, secondo il capoverso 3° dell'art. 124, espelle dal suo seno quel socio che non corrisponde *il pagamento* della sua quota sociale. Se la legge avesse considerate *reali guarentigie pei terzi le quote sociali* in confronto del diritto di esclusione accordato alla società, non avrebbe permesso di abbandonarne l'azione valendosi dell'alternativa dell'espulsione, ma avrebbe ordinato con tutti i mezzi il pagamento della quota sociale promessa.

Niun dubbio che il capitale già conferito non sia vincolato al soddisfacimento delle *perdite* verificate e che la società non possa trattenerlo sino alla liquidazione del debito.

466. Finalmente un dubbio può nascere sull'applicazione del capoverso dell'art. 125 al socio semplice accomandante che non prese ingerenza nella società, che non rivestì mai la qualità di socio personale o solidario; e venne anzi espulso per soverchia inazione, per non avere contribuito la quota sociale.

Camminando su questo vergine terreno, il che non toglie che non sia molto spinoso, *et congrua congruis referendo*, io penso, che il socio accomandante, nei termini della nostra ipotesi, debba rifondere alla società *le perdite* sino alla concorrenza della quota promessa, e risarcire personalmente i danni anche oltre il valore di essa (2). Ma io non sono di parere che debba eziandio caricarsi delle obbligazioni contratte dalla società verso terzi sino alla di lui esclusione.

Secondo me, il socio tenuto per detta obbligazione, è quello che già vi era soggetto per la natura dei suoi rapporti sociali; e che permane soggetto allo stesso vincolo personale

(1) Generalmente i lucri e le perdite si distribuiscono *æquis partibus;* ma ogni socio può avere una interessenza più o meno estesa, secondo la natura del patto sociale.

(2) Sarà un gran che nell'atto pratico *il risarcimento del danno!* Materia elastica nella quale potrebbe comprendersi persino la rovina della società se per caso non potesse mantenersi per mancanza di quella somma. Ma in tema di danno il miglior consiglio è di non teorizzare; e lasciarne il ragionevole limite al prudente arbitrio dei magistrati.

Digitized by Google

nonostante la esclusione. Il socio personale insomma, e non il semplice capitalista che restando inerte non ha richiamato sopra di sè il peso di quelle obbligazioni. In effetto i terzi sapevano di non obbligarlo personalmente; e a siffatta trasformazione mancherebbe il nesso e la causa efficiente.

SEZIONE V.

Della società in accomandita divisa per azioni.

Articolo 126.

Il capitale della società in accomandita può essere diviso per azioni nominative o al portatore.

La società rimane però sempre soggetta alle disposizioni degli articoli 118, 119 e 120.

466. *Della divisione del capitale in azioni; del movimento commerciale che ne deriva, e del pericolo degli abusi.*

Deploravasi in Francia la mancanza della tutela governativa in ordine alle società in accomandita divise per azioni.

467. *Dello spirito della moderna legislazione italiana composta a rigore, ma ponendo ostacolo agli arbitrii del governo colla chiarezza e diffusione delle sue disposizioni.*

468. *Classificazione delle azioni*

a) *Di capitale.*
b) *Industriali.*
c) *Di godimento.*
d) *Di fondazione.*
e) *Di premio.*

469. *Azioni nominative o al portatore. Rinvio.*

470. *Delle disposizioni richiamate dall'articolo* 126, *e di quelle analoghe che, non richiamate, sono tuttavia applicabili.*

466. Mobilizzate e avrete la vita: ciò si avvera in tutti gli ordini del creato. Questi capitali, che agiscono colla forza del vapore mediante l'associazione, divideteli; invitateli ad aggregarsi in frazioni di tenue valsente, in guisa che il cumulo derivi dalla loro unione, le sue parti elementari possano sempre riconoscersi e individualizzarsi; applicate a questi fattori analitici una forza motrice coadiuvando al moto generale senza turbarne la regolare economia; centuplicate così l'azione del capitale, semplificando all'ultimo limite possibile i rapporti delle persone: a un tale sistema di libertà sappiate organizzare di maniera che non se ne abusi, e avrete sciolto uno dei più ardui problemi della commercialità.

Quel fatale dualismo, sul quale la provvida natura ha stabilito l'equilibrio di tutte le cose, qui pure si manifesta. La libertà e l'ordine; la prima colle sue tendenze espansive; il secondo, che sembra restringerla, e n'è invece la maggior guarentigia. Spinti su quella via i legislatori dalla irresistibile forza della civiltà, moltiplicano le difese contro gli eccessi paventati, e stanno ancora studiando i mezzi.

Il Codice di commercio italiano arriva, *se non nella pienezza dei tempi*, secondo la bella espressione della Relazione ministeriale, certo ad un'epoca molto inoltrata. Non si è avuto bisogno di discutere, in principio, la prima parte del problema. Ogni volta che i capitali non sono soltanto istrumenti della impresa aderenti alle persone che costituiscono la forza morale della società mediante il proprio cre-

Digitized by Google

dito, come in quella in nome collettivo; ma sempre quando quei capitali hanno una funzione determinata e impersonale, come nelle società in accomandita e nelle anonime, si è dovuto generalmente convenire che la divisione *in azioni* è della più grande utilità in commercio. I legislatori hanno dovuto piuttosto preoccuparsi, come si diceva, del pericolo che accompagna questo sistema, destinato a trionfare di ogni ostacolo.

La costruzione dei capitali per via di frazioni e di parti di quote, rendendo accessibile anche ai piccoli proprietari le grandi intraprese commerciali, e colla pronta disponibilità agevolandone lo sviluppo, parve connaturale e proprio delle società anonime, creazione dei tempi moderni; l'accomandita fu, per così dire, più aristocratica nella sua origine; si formò di capitali grossi e per isfogo di ricchezze accumulato; e i capitali furono confidati e sussidiari ad altre imprese, anzichè ne costituissero tutta la forza, e la sola guerentigia. Più tardi si fu persuasi che anche i capitali dati in accomandita potevano esser utilizzati con un movimento più energico; tuttavia il legislatore (francese) fu sotto la impressione di una ben grave differenza, mentre portò a dirittura le società anonime sotto l'egida tutelare del governo, e lasciò libere le società in accomandita, quantunque divise in azioni. Senza dubbio altre guarentigie si rinvennero nell'organizzazione dell'accomandita, e specialmente nelle obbligazioni dei soci solidari, e nella vasta responsabilità dei gerenti.

Chi è curioso del progresso di queste idee che tanto rilevano al commercio, vedrà come in epoche relativamente a noi vicine, si criticasse quell'andare indisciplinato delle società in accomandita per azioni, e come si lamentassero abusi enormi. I libri ne sono pieni; la storia del foro francese trabocca di esempi spaventosi. Speculazioni ardite, ma più che ardite, ingannevoli e ladre, esagerando senza limite valori in proporzione assai tenui, estesero una rete di azioni, che finivano coll'arricchire lo speculatore, abbandonando gli azionisti a tardo disinganno; coloro che avevano amministrato per mezzo di teste di legno, preparato il fallimento, si ritiravano incolumi colla perdita soltanto di quel piccolo nucleo sul quale avevano giuocato a colpo sicuro.

Era tanto più a deplorare questa posizione di cose, che la giurisprudenza, sospinta, io credo, dalla furia degli affari e dall'uso che era invalso, spiegava l'articolo 38 del Codice di commercio francese nel senso che il capitale accomandato potesse dividersi in azioni non solo nominative, ma pur anche al portatore (1). TROPLONG sostenne fortemente questa dottrina.

467. Dovendo tornare sui precedenti storici onde nacque il nostro articolo 156, quando verrà il parlarne, deve bastarci per ora dar conto dello spirito della nostra legislazione, tutto inteso a sviluppare largamente la libertà del commercio sotto le leggi della moralità e dell'ordine. Non è nuovo che il capitale sì della società in accomandita che dell'anonima, si divida in azioni e nominative e al portatore; il Codice Albertino conteneva le stesse nozioni negli articoli 43 e 47, con questa differenza però che la società anonima non poteva esistere che in virtù di autorizzazione governativa, e la società in accomandita ne aveva d'uopo solamente allora che il suo capitale fosse divisibile in azioni al portatore. Secondo il vedere di quel tempo, si faceva ragione, che la condizione delle cose fosse assai meno pericolosa nel primo evento, imperocchè facilmente avrebbe potuto conoscersi se un azionista si fosse ingerito nell'amministrazione; cosa più malagevole nel fantastico movimento *delle azioni al portatore*, circolanti senza segnar traccia del loro passaggio.

Ma non tutti sono disposti a giurare nella efficacia e sufficienza della protezione governativa. Io sono fra quelli; e ciò che più monta, lo ha troppo bene riconosciuto il legislatore italiano, che perciò in luogo di quell'assoluto — *autorizzazione del governo* — che importava un'immensità di arbitri nell'applicazione, ha dettato norme ampie e scrupolose per esattezza, consegnandole alle pagine durature del Codice, perchè possano eseguirsi indipendentemente affatto dal placito governativo, e, direi, suo malgrado, senza però ritirare la protezione del governo ed anzi ampliandola, come vedremo. In questo va distinto il Codice nostro, e avanza tutti gli altri che lo hanno preceduto (2).

468. È d'uopo portare lo sguardo sulle varie categorie delle azioni.

Ogni azione rappresenta parte del capitale; ed io convengo con altri scrivent*i* che nel pen-

(1) Corte di Parigi, 7 febbraio 1852 (*Journal du palais*, part. II, pag. 107) nella celebre causa nella quale scrissero PERSIL, DUPIN AINÉ, DÉVAUX (du Cher) ed altri primari giureconsulti.

(2) Precursore ne fu in gran parte il Regio Decreto del 12 febbraio 1865.

Google

siero dei primi istitutori non fossero contemplati che dei valori reali; benchè di poi nuove e imprevedute relazioni, nuovi motori, i crescenti bisogni del commercio consigliassero nuove forme di azioni, delle quali a grado a grado conosceremo la natura e l'ufficio.

Si classificano: 1° in azioni del capitale; 2° in azioni industriali; 3° di godimento; 4° di fondazione; 5° di premio.

a) Le *azioni del capitale* sono pagate in numerario o valori. Il loro importo è destinato a entrare nella cassa sociale, e costituisce il fondo materiale della impresa. Rispetto agli azionisti, le azioni di capitale sono una proprietà, e producono non solamente il diritto al graduale conseguimento degli utili, ma eziandio a proporzionato assegnamento del capitale nel giorno dello scioglimento della società (1).

b) *Azioni industriali.*

Sono valori forniti in opere personali d'arte e d'ingegno, atte a contribuire, come ogni altro capitale, e forse più, al felice compimento della impresa; azioni improntate di un carattere così distinto da quello del capitale, che formano una vera categoria a parte. Le azioni industriali sono *di utilità* meramente e non di *proprietà;* e non ammettono partaggio nella distribuzione del capitale, al quale rimangono estranee. Esse concorrono al pari delle azioni del capitale nel riparto degli utili: i quali, ben guardando, sono il prodotto della unione e dello sforzo combinato del capitale e dell'opera (2).

In sostanza il correspettivo delle azioni industriali è un *apporto*, come dicesi alla francese; un conferimento o contributo sociale che si arreca per servire a comune vantaggio, rappresentato non da un capitale materiale, ma da un capitale intellettuale, apprezzabile in quanto si risolve, e si può ridurre a valori materiali ed in cifre, mediante applicazioni, sviluppi ed evoluzioni più o meno continuate, più o meno richiedenti l'esercizio del lavoro: quindi e l'opera e l'arte, come notai; il conferimento di un brevetto, di una privativa, di un talento speciale a un dato genere di affari o di opere, di una idea feconda e creatrice.

Onde un'altra partizione più generale fra *azioni paganti* e *non paganti*, che risponde a quella di capitalisti e industriali (3).

Si dirà, parlando della cessibilità delle azioni, come diventino commerciabili le azioni industriali, le quali offrono lati più o meno favorevoli al cambio, secondo la varia e non definibile qualità di tali concorrimenti, e l'eventualità che ne accompagnano l'esercizio (4). I patti sociali regolano questa materia; le azioni industriali per lo più si depositano a cautela della società.

Talvolta l'apporto industriale è di tal momento, arreca nella impresa una forza così decisiva, che si vuole corrisposto con parte dello stesso capitale reale, ossia con tante azioni di capitale: ben chiaro essendo che simile regolamento determina rapporti di diritto fra i consoci, e non influisce a restringere il capitale denunciato nell'estratto sociale, o affetto ai crediti dei terzi verso la società.

c) *Azioni di godimento.*

Niente altro che le stesse azioni paganti già rimborsate; o *liberate*. Le azioni sono rimborsate coi fondi di riserva, o dedicati all'ammortizzazione. D'ordinario i profitti si accumulano in dati tempi e modi preveduti nello statuto, sottratti al riparto, e formanti quello che chiamasi fondo di ammortizzazione.

Appresso il rimborso delle azioni, e la loro estinzione, succede una conversione di titoli, e sono le *azioni di godimento*, che assicurano e i dividendi eventuali e un assegnamento di capitale all'ultima liquidazione, ammortizzate che siano tutte quante le azioni. Codesti nuovi titoli, oltre all'ovviare ad ogni confusione nell'interno, sono norma alle contrattazioni esterne, istruendo i terzi acquirenti che le azioni sono entrate nel secondo stadio; nello stadio definitivo.

d) *Azioni di fondazione:* che si accordano al fondatore, all'inventore, al promotore, a

---

(1) V. num. 323.

(2) MALEPEYRE e JOURDAIN, num. 329; VINCENS, *Des sociétés par actions*, pag. 41; TROPLONG, *Des sociétés*, num. 133; BEDARRIDE, num. 307 e 308.

(3) Quantunque anche il portare dell'industria, della scienza, delle cognizioni utili sia portare un capitale: e GARNIER arrivò a dire: « Sotto un certo punto di vista *l'uomo è un capitale* (*Elementi di economia politica*, cap. VII, § 1). Gli economisti assumono il concetto complesso; i giuristi hanno bisogno di analizzare gli aspetti distinti.

(4) Chi ha recato bello e compito il suo contributo, per esempio in una privativa da lui legittimamente posseduta, nella comunicazione della sua scoperta o di un nuovo meccanismo, di cui la società può usare a suo talento e nei modi che stima più consentanei al suo interesse indipendentemente dall'autore, ha già il pieno possesso de' suoi titoli, e negozia le sue azioni più vantaggiosamente che quell'altro, che per guadagnarle definitivamente deve prestare un'opera, un lavoro successivo.

Digitized by Google

colui insomma al quale in certo modo la società deve la sua esistenza; e queste dovrebbero formare il suo contributo sociale (1). Ciò può sembrare il soddisfacimento di un debito morale: ma se n'è abusato ad oltranza. I governi ai quali è riservata l'approvazione delle società anonime, da lungo tempo ne sono in sospetto. Gli abusi non si hanno a medicare cogli arbitrii, e si ricorse ai principii. Il capitale di una società anonima, si disse, essendo la sola guarentigia dei creditori, non deve contenere delle parti ideali e fittizie; dev'essere una perfetta realtà (2). Ora quando e come può considerarsi una realtà la idea del fondatore, il suo pensiero inventivo, le cure prestate per attivare la impresa, ecc.? Noi vedremo all'articolo 134 come il legislatore italiano abbia risolto il problema.

e) *Azioni di premio;* che i Lesseps grandi o piccoli concedono a coloro che si prestarono con attività, solerzia e successo alla loro creazione, a stabilire la loro impresa. La società le riconosce e le approva. La natura di cotali azioni non è dissimile da quelle di fondazione.

469. Le azioni sono *nominative* o *al portatore*. Cioè posson esser tali; ma non con emissione indifferente. Essa è stata prudentemente regolata nell'art. 135, al commento del quale ci riportiamo.

470. Il richiamo agli articoli 118, 119 e 120 ci avverte che la divisione dell'accomandita in azioni non altera i rapporti statuiti e con gran cura armonizzati fra accomandanti e soci responsabili in solido, ferma restando la natura mista delle società, secondo la nozione elementare dell'articolo 119.

Il richiamo poi di quest'ultimo articolo ci porta eziandio alle disposizioni degli art. 115, 116, 117, che dobbiamo ancora accettare malgrado la poca simpatia che vi abbiamo addimostrata. Osserviamo però ch'essi continuano ad avere applicazione ai soli *soci in nome collettivo*, e quindi gli azionisti o loro cessionari rimangono del tutto fuori del divieto.

Le disposizioni degli articoli 124 e 125 non si vedono nominate; inoltre fu già osservato che questi due articoli, che formano la Sezione IV, per virtù della epigrafe non dovrebbero aver applicazione che rapporto alle *società in nome collettivo e a quelle in accomandita semplice;* ma la verità è che taluna di esse non cessa di aver effetto.

Io ritengo che l'articolo 124 nel suo primo e secondo capoverso abbia luogo anche nell'accomandita divisa per azioni. Il primo concerne il *socio amministratore* che abusa della sua carica, e sarebbe il socio responsabile amministrante con mandato della società. L'altro riferisce al socio accomandante, e si è detto or ora che gli azionisti sono, sotto questo aspetto, la rappresentazione del capitalista accomandante. I due capoversi che seguono non sono applicabili. Il non pagamento delle quote divise in azioni ha singolarmente una importanza meno grave; d'altra parte questo fatto è sotto il regolamento degli articoli 151 e 152 e di altre disposizioni raccolte nella Sezione VI.

Articolo 127.

L'amministratore può essere rivocato per deliberazione dell'assemblea generale degli azionisti.

Se la rivocazione è fatta senza giusti motivi, ha diritto a indennità.

471. *Un'assemblea deliberante è un potere organico necessario in quelle determinate società che hanno mestieri di una speciale protezione della legge.*
Del Consiglio di direzione e di sorveglianza.

472. *Del sistema deliberativo delle assemblee generalmente considerato; del concorso implicito dei singoli, comunque assenti, e dell'autorità delle maggioranze.*

473. *Del notevole cangiamento portato nella legislazione commerciale dell'articolo 127. L'amministratore è ridotto alla condizione di un mandatario sempre revocabile, salvo l'azione d'indennità.*

(1) *T.* ha scoperta una miniera; ma ha bisogno di capitali per rendere fruttifero il suo trovato. Ottiene dal governo la facoltà di coltivare la miniera: forse gli si crede dovuto un brevetto d'invenzione; si adopera per costituire una società; e forte de' suoi titoli di autore, stipula delle azioni di fondazione.

(2) Almeno in massima; ma lo diremo ancora, vi hanno elementi tanto variabili e diversamente estimabili nei rapporti sociali!

471. È la prima volta che si parla nel Codice dell'*Assemblea generale degli azionisti*, e se ne parla come di una istituzione conosciuta. Il Codice non dà delle lezioni di commercio; a noi spetta dirne qualche parola.

Anche nelle società in nome collettivo, o miste di accomandita, si tengono o possono tenere delle adunanze, che niente vieta di chiamare *assemblee*, per discutere e decidere gli affari comuni. La legge non se ne occupa, e siffatte assemblee si considerano prettamente convenzionali. La legge riposa anche sugl'interessi, quando, bene calcolati, fanno ostacolo ai disordini ai quali la umana natura di leggieri si abbandona, non trattenuta da forza contraria. La responsabilità personale dei soci con tutte le sue terribili conseguenze, è motivo tanto possente per essi di bene amministrare la società, che non si crede abbisognare alla loro condotta un disciplinare troppo minuto e preciso; dove però o la loro responsabilità personale si attenua e quasi si nasconde sotto quella del capitale, e più vivaci e pericolosi elementi si aggiungono, altre guarentigie si richieggono. Allora le *assemblee* sono costitnite, come corpi legalmente deliberanti ed eziandio responsabili; specie di magistratura che ritrae i suoi poteri dallo statuto sociale, ma la sua esistenza è preordinata dalla legge e necessaria. Noi le troviamo esercitare una funzione regolatrice e direttiva lungo tutto l'ordinamento che concerne la società di accomandita divisa per azioni e le anonime, mentre negli ordinamenti di altre società non sono punto mentovate.

L'assemblea generale è veramente il potere supremo, al quale gli altri sono subordinati; ma quali sono questi poteri secondari?

Non parliamo per ora dell'amministratore che si direbbe il potere esecutivo della società. Nelle imprese cospicue; in quelle compagnie che fanno il commercio in grande, vi è *un consiglio di direzione o di sorveglianza*, che presiede all'amministrazione senz'averne l'esercizio pratico ed effettivo. Le sue facoltà sono quelle che gli vennero attribuite dal patto sociale, in modo economizzate da non turbare l'ordine gerarchico e l'armonia di un sistema che non può idearsi ad arbitrio degl'istitutori. È osservabile, che la legge non considerò nei suoi disegni preventivi un Consiglio di direzione come considerò un'assemblea deliberante per essere una funzione che si compenetra nell'amministrazione; è, può dirsi, un modo dell'amministrazione cautamente e solidamente costituita.

472. Come si formi e come deliberi l'assemblea degli azionisti, il Codice non dichiara nè in questo nè in altro luogo. Si dee sopratutto lasciare ai soci stessi tutta quella libertà che è compatibile colla legalità. Non può dipendere dallo statuto sociale che vi sia o no un'assemblea deliberante; ma la sua forma, il suo modo di convocarsi e di deliberare può benissimo essere regolato nei primordi della costituzione. È legge comune dei corpi deliberanti, o decidano i propri affari, o rendano giustizia negli altrui, che la maggioranza prevale alla minoranza, qualora il numero degli individui deliberanti sia quale dev'essere. E qui comincia a sentirsi il bisogno di una regola accettata *a priori* e consentita dai singoli interessati. Si ha sempre cura di determinare nello statuto il numero *legale:* quello cioè che occorre ad una deliberazione valida. Sottoponendosi ognuno a tale condizione, egli commette con mandato tacito alla maggioranza deliberante di risolvere anche per lui, assente. Senza questa previa convenzione, l'invitato che non comparisce, non presta consenso di sorta, perchè non delibera nè per sè nè per mandato tacito degli altri. Certamente vi sarebbero dei mezzi per costringere il renitente ostinato ad ogn'invito, ma si dovrebbe ricorrere ad altre norme e interporre l'autorità del giudice. Si dovrebbe partire da questo punto: che a niuno è lecito di frapporre ostacoli inqualificabili ed ingiusti ai fatti ai quali ha aderito in principio, e all'adempimento dei quali ha promesso la propria cooperazione (di socio); per conseguenza doversi ritenere la sua assenza o resistenza non ostativa all'esercizio del diritto degli altri soci.

Merita ricordo; che non sempre un'azionista ha diritto d'intervenire nell'assemblea generale. I capitali si frastagliano in centinaia di azioni, anche di tenue valsente. Suole negli statuti determinarsi che non si avrà diritto di intervenirvi che possedendo un certo numero di azioni. La facoltà del suffragio *è piuttosto annessa all'azione* che *alle persone degli azionisti*, e per ragione di tale possesso ne hanno l'esercizio.

Gli statuti sociali possono stabilire eziandio la forma della maggioranza; e quando i patti non siano di qualità da rendere pressochè impossibile il deliberare (nel qual caso anche i creditori potrebbero chiederne la riforma), devono osservarsi (1).

(1) Vedi appresso l'articolo 145.

Digitized by Google

È pur vero che non sempre la maggioranza assorbe i diritti degl'individui dissenzienti; la quale podestà si avvera ove il corpo decide piuttosto dei diritti che degli interessi (come le magistrature giudicanti); o i deliberanti non abbiano un dovere di rappresentanza (1); o l'oggetto sia collettivo in se stesso e non soltanto comune, sicchè il voto, quantunque collegialmente prestato, abbia a considerarsi come singolare (2). La nomina o la revoca di un amministratore è realmente un oggetto collettivo, concerne la universalità e non i singoli interessi dei soci. (3).

473. Avremo occasione nell'esame di qualche altro articolo di riprendere l'interessante argomento, che non può ritenersi esaurito colle premesse osservazioni. Intanto giova il por mente alle ragioni di questa legge.

Ora gli statuti sociali, forse esagerando le cautele, o cedendo a certe influenze personali e interessate, dettano restrizioni sulle facoltà delle stesse future assemblee intorno alla rimozione degli amministratori. Altre volte gli statuti, nominando l'amministratore, non prevedono l'evenienza della revoca; non prendono veruna cautela in proposito; e l'amministratore, venuto il caso, sostiene che la sua gerenza è una delle condizioni irrevocabili del costituto sociale. Di presente quello che non dissero gli altri Codici, ha detto l'italiano, togliendo colla sua autorità ogni dubbio. È dunque accordato all'assemblea generale degli azionisti la potestà di revocare l'amministratore, in ogni tempo, come si fa del mandatario, non solo nelle società anonime, ma eziandio in quella di accomandita per azioni, malgrado o nonostante lo statuto sociale.

Prima d'ora può dirsi che prevalessero altre idee. La dottrina più comune era questa: se il gerente era stato nominato non nello statuto sociale, ma posteriormente per deliberazione dell'assemblea degli azionisti, ritenendosi il nominato come un mandatario, potesse egualmente l'assemblea dei soci revocarlo (4). Quando però l'amministratore fosse nominato nell'atto costitutivo, si ammetteva potere in seguito revocarsi dall'assemblea per una causa qualunque allora soltanto che il comune dei soci se ne fosse riservata la facoltà; ovvero si fosse accordata all'assemblea la facoltà di modificare il patto fondamentale (5). Così la nomina primitiva dell'amministratore ritenevasi sostanziale e parte integrante dell'atto sociale.

Sotto l'impero dell'articolo 1879 del Codice civile albertino, e sotto quello dell'art. 1720 del Codice italiano (6), non moderato dalla legge commerciale, difficilmente avrebbe potuto risolversi in altro modo. Pio Massone era gerente della società delle miniere di Montevecchio che fruttò i milioni. Entrato nella società coll'acquisto di 50 azioni, era salito al grado di gerente; indi dall'assemblea dei soci fu dimesso. Nel gran numero di liti che si svilupparono da quella società, vi era quella che Massone faceva ai soci impugnando la propria rivocazione. Se non che egli non era stato costituito gerente nell'atto primitivo; ciò indeboliva la sua difesa. Noi prescindiamo da questo e anche dai motivi, più o meno giusti, della sua rimozione. Ma solo accennando al principio sul quale le Corti d'appello e quella di Cassazione furono d'accordo (7), ritenevasi: che il gerente, nell'ipotesi della sua nomina nell'atto primitivo, non avrebbe potuto revocarsi dall'assemblea *sine causa*, e senza causa legittima.

Vediamo adesso in che consiste la novazione portata da questa legge. L'assemblea generale degli azionisti è libera di revocare il gerente; non deve renderne ragione, come non si rende ragione della revoca di un mandatario. In altri termini, oggidì gli amministratori delle società in accomandita azionaria, non sono che mandatari al pari che nelle anonime. È un vincolo contrattuale gravissimo che è stato tolto. Nell'altro sistema l'amministratore resiste alla deliberazione; ne impedisce l'effetto mediante una lite; e vuole che si discuta e si decida sulla legittimità della causa, prima di cedere

(1) Così i membri della minoranza in un consiglio di famiglia possono impugnare avanti il tribunale la deliberazione (articolo 815 del Codice di procedura civile.

(2) Dopo avere la maggioranza dell'assemblea approvato il resoconto di un gestore, è data facoltà ai membri della minoranza di farvi tuttavia opposizione in giudizio (BÉDARRIDE, *Des sociétés*, n° 283).

(3) V. il num. 491.

(4) Il che viene stabilito nelle società civili per l'articolo 1720 del Codice civile; e venne da noi mentovato in altro luogo, e ritenuto rapporto alle società in nome collettivo.

(5) DELANGLE, *Société commerc.*, tom. I, num. 174; TROPLONG, num. 433; DEMANGEAT BRAVARD, il quale però ne disputa; Cassazione francese, 9 marzo 1860 e 186 (*Journal du Palais*, 1861, p. 748).

(6) L'articolo 1856 del Codice Napoleone.

(7) Vedi la sentenza della Corte di Genova del 30 luglio 1861 (BETTINI-GIURIATI, vol. XVI, p. 507) che largamente espone le moltiplici e intricate controversie, una delle quali era questa,

Digitized by Google

dalla carica. L'assemblea era in certo modo esautorata; e se la posizione fosse imbarazzante, niuno è che non vegga. Ora il giudizio di tutto il corpo sociale, rappresentato dall'assemblea, ottiene quell'autorità che gli è dovuta; se anche la sua decisione non fosse totalmente giusta, quale deve presumersi, vero è certamente che quel ministro ha perduta la fiducia, e ciò basta perchè non possa più amministrare: ciò avviene nei parlamenti a più grandi effetti; ma è lo stesso principio.

Nè pertanto la legge concede all'autorità il potere di fare delle ingiustizie. *Se la rivocazione è fatta senza giusti motivi* (l'amministratore) *ha diritto a indennità*. Egli nè persiste nè ritorna in carica; ma riceve dei compensi pecuniari. La deliberazione dell'assemblea ha tutto il suo effetto e non è motivata; il nuovo amministratore è legittimo, e non ha la menoma dipendenza dalla lite d'indennità.

Articolo 128.

L'esercizio delle attribuzioni accordate dallo statuto sociale agli azionisti ed alle assemblee generali non induce l'obbligazione in solido accennata nell'art. 123.

L'azionista può essere impiegato della società, ma non gli può essere accordato l'uso della firma sociale nemmeno per procura.

474. *Delle attribuzioni d'ordine amministrativo inerenti all'assemblea generale degli azionisti; e di altre che possono accordarsi ai singoli soci nell'atto fondamentale della società.*
475. *Limitazioni.*

474. Notiamo che questo interessantissimo articolo è una specialità dell'accomandita per azioni; e viene a riscontro del 122. Il principio che il socio accomandante è rimosso dall'amministrare, è confermato. L'uso però e la esperienza delle cose ci ammaestrano di continuo sulle condizioni intime delle nostre medesime istituzioni, non rilevate dianzi. La proverbiale inerzia dell'accomandante, che ogni volta che sembra scuotersi ha bisogno di essere scusata, ha dovuto parere un controsenso, rispetto al movimento dell'azionismo. Le relazioni sociali si sono venute facendo più dirette, più compatte, e direi così, più armoniche. Il capitale dell'accomandita, giacente nel fondo delle casse sociali, si è animato; ed ha i suoi rappresentanti in una moltitudine d'interessati che non si possono più condannare alla inazione a fronte dei responsabili e amministranti. Un gran passo si è fatto nel precedente articolo. Abbiamo veduto l'assemblea degli azionisti (*alias* accomandanti) elevarsi al di sopra del socio amministratore, senza però potersi accusare di usurpata amministrazione.

Altre volte le facoltà amministrative accordate a taluno degli accomandanti, anche nell'atto costitutivo della società, si trovarono incompatibili e ripugnanti alla loro posizione naturalmente negativa. L'ingerenza dell'accomandante si riguardava come qualcosa di formidabile; non si vedeva che il sagrificio della buona fede dei terzi. La esagerazione di queste idee non è ancora cessata, e ce ne siamo persuasi esaminando il nostro art. 124, di non felice novità. Intanto è stabilito, che nello statuto sociale *si possono accordare agli azionisti e alle assemblee generali* (1) *delle attribuzioni* amministrative. L'assemblea generale sarebbe un nome senza sostanza, se non potesse ingerirsi d'amministrazione. Secondo la nozione che ne abbiam data di sopra, essa non è il potere esecutivo della società, ma è di più: è la norma, la guida, e il sindacato del potere esecutivo sino a revocare con arbitrio assoluto l'amministratore e crearne un altro. La nuova disposizione produce il curioso fenomeno che l'elemento personale e responsabile delle società si trova come spostato, e in un certo grado d'inferiorità, non in quanto all'effettivo della gestione, come or ora diremo, ma quanto al non poter disporre degli organi di essa, in quella guisa che ha diritto di fare nell'accomandita semplice.

Nulladimeno si è assai bene riflettuto, che quando le attribuzioni amministrative si veggano scolpite nell'atto sociale, e l'atto sociale abbia avuto quella specifica pubblicazione che è ordinata dall'articolo 162, niuno può ingannarsi, restando nell'equivoco: peggio per chi

(1) Il quale postulato ha la sua ragione in ciò che sinodi particolari, assemblee ristrette, non rappresentanti il voto della società intera, non avrebbero di lunga mano una tale facoltà.

Digitized by Google

non si cura di conoscere lo stato delle cose. Quindi la dichiarazione: *non indursi da ciò l'obbligazione in solido accennata nell'art.* 122; ed era necessaria.

475. Ora vengono le limitazioni.

Le attribuzioni, qualunque siano, accordate nell'atto fondamentale alle assemblee degli azionisti, e agli azionisti in ispecie, sono invariabili. La prima assemblea sociale è una vera costituente. Quelle che succedono, società durante, non sono che deliberative. È necessario che la costituzione sia posta in condizione di stabilità.

La grande separazione che esiste ancora è scritta nel capoverso dell'articolo: *non può mai essere accordato all'azionista l'uso della firma sociale nemmeno per procura.* Il capo visibile dell'amministrazione dev'esser assolutamente un socio responsabile. Ciò è nell'interesse degli stessi soci responsabili, che hanno a temere più degli altri; è nell'interesse quindi dell'intera società; è nell'interesse del pubblico che può calcolare le sue guarentigie, e sa bene che non contratta con una società anonima o con dei semplici capitalisti.

L'azionista *può esser impiegato.* Egli può essere un commesso, un cassiere, un direttore: tutto, meno che gerente *con uso della firma.* Profonda modificazione dell'articolo 122! Ma ciò pure dev'essere statuito nell'atto fondamentale: da quello si apprende che il cassiere, il direttore, ecc. sarà un azionista (1). Le persone designate potranno o no esservi indicate; ma gli azionisti impiegati sono più che mai mutabili; dipendono dal placito dei superiori, e dalle circostanze.

SEZIONE VI.

Della società anonima.

Articolo 129.

La società anonima si forma mediante riunione di capitali: non esiste sotto nome o ragione sociale, ma è qualificata dall'oggetto della sua impresa.

Essa è amministrata da mandatari temporanei rivocabili, soci o non soci, stipendiati o gratuiti.

Articolo 130.

Gli amministratori non contraggono, a causa dell'amministrazione loro, veruna obbligazione personale per gli affari sociali.

Sono però soggetti alla responsabilità dell'esecuzione del loro mandato, e a quelle altre che la legge specialmente loro impone.

476. *Generalità. Importanza delle società anonime.*

477. *L'amministrazione risiede nella universalità dei soci rappresentati dall'assemblea generale. Nelle società anonime, a differenza delle altre, gli amministratori non sono che mandatari convenzionali, generalmente parlando, non responsabili in proprio.*

478. *Competenza dell'azione a chiedere il rendiconto della gestione. Appartiene anche all'individuo della società; ma con prevalente esercizio nel corpo, rappresentato dall'assemblea generale; alla quale, o a qualche potere specialmente costituito, spetta eziandio la revisione del conto.*

---

(1) Ciò perchè simili uffici si mostrano all'esterno, e sono più o meno in rapporto col pubblico. Se si trattasse d'impieghi limitati alla cerchia interna, e non compromettenti col pubblico in veruna guisa, non sarebbe punto d'uopo il vederli preconizzati nell'atto sociale; come lungamente si discorse parlando dell'accomandita semplice.

Digitized by Google

Dell'autorità dell'assemblea in questa materia; e dei diritti che dopo la sua risoluzione possono portarsi in giudizio.

479. *Quando l'amministratore si renda responsabile in proprio per complicità di fatti illeciti o illegali eseguiti per ordine dell'assemblea.*

Obbligo degli amministratori di curare eziandio gl'interessi dei terzi; e in genere il debito di giustizia.

480. *Responsabilità del Consiglio di direzione e amministrazione che ha autorizzato l'amministratore ad atti incompetenti. L'ordine del Consiglio non esonera l'amministratore da responsabilità personale.*

---

476. Alle colossali imprese, *la società anonima*. La storia commerciale è piena dei trionfi della società anonima. Essa fu istrumento a Olanda, Inghilterra e Francia per conquistare dei mondi; e mentre parliamo, fende in Asia i continenti per riunire i mari che indarno la natura divise; e colla ferrovia dell'Atlantico travalica solitudini immense, e porta la civiltà agli ultimi confini della terra. La ragione è semplice. I capitali operano di conserva in masse enormi, e sparisce ogni responsabilità individuale. Non vi sarebbe fortuna pari a tanta mole; se una grande fortuna potesse aggiungere qualche cosa alle guarentigie del capitale, niuno vorrebbe esporla col pericolo di essere ingoiato nell'abisso. L'assoluta impersonalità è la caratteristica eminente della società anonima, e per questo soltanto è possibile. La società anonima è riconosciuta e individuata dall'*oggetto dell'impresa*. Del resto ha bisogno di una forte ed energica organizzazione, e noi vedremo di mano in mano su quale cumulo di guarentigie sia stabilita.

Pertanto la società anonima ha un modo di azione e di amministrazione suo proprio. Fermiamoci un momento ad esaminarlo.

477. Fra quelle società che ammettono l'elemento personale e quelle che non lo ammettono, vi ha necessariamente una grande differenza rispetto all'amministrazione. Noi vediamo la gradazione venirsi delineando d'una maniera sensibile. L'accomandita semplice pone una barriera di responsabilità e di penalità fra l'accomandante e l'amministratore. L'accomandita per azioni, personificando i capitali, mi si permetta la espressione, nell'attività che v'imprime mediante i proprietari delle azioni, richiama a sè quella parte dell'amministrazione che si appartiene all'ordinamento, alla direzione, e al sindacato. Nella società anonima il diritto di amministrazione rimane in totalità nell'universalità dei soci, cioè tanto nella parte ordinativa e regolatrice, che nell'attiva e pratica. Nell'accomandita azionaria vi ha realmente e sussiste ancora una divisione profonda fra il potere amministrativo che risiede nel corpo degli azionisti e quello che si esercita da un socio responsabile. A rigor di termine, i soci in nome collettivo sono di fatto e di diritto gli amministratori: la società degli azionisti ha piuttosto un potere di controllo, perciò sostanzialmente distinto e avversativo; laddove nella società anonima, pura e scevra da ogni elemento di diversa natura, vi ha un solo potere omogeneo e indiviso, e si esercita attivamente per mezzo di *mandatari*, cioè di rappresentanti scelti e creati dalla società medesima, che tengono da essa ogni loro facoltà, e agiscono nei limiti del mandato che loro è conferito.

I gerenti o amministratori della società anonima rappresentano la società rimpetto ai terzi; verso la società stessa non sono che mandatari e ne hanno tutti i doveri (1).

In ogni specie di società gli amministratori hanno capacità di obbligarla: essi esistono per questo. Ancorchè personalmente responsabili, quando agiscono nella qualità di amministratori, la funzione che esercitano è sempre diretta ad obbligare l'ente morale che rappresentano; e i terzi acquistano azione verso l'ente morale, non personalmente esercibile contro il rappresentante, se non subordinatamente e a certe determinate condizioni. Tale azione subalterna e veramente sussidiaria non compete mai ai terzi contro il rappresentante d'una

---

(1) *Soci o non soci, gratuiti o stipendiati.* Lo stipendio è *certo*, o prelevabile sugli utili. La Cassazione di Torino, nel 27 agosto 1867, nella causa Massone - Guerrazzi, ecc., decise che lo stipendio assegnato in somma certa annuale è dovuto per intero tosto cominciato l'anno, eziandio sciogliendosi la società dentro l'anno, e sia fermato lo stipendio a rate mensili.

Il gerente che avendo cessato dall'ufficio non ha abbandonato gli affari in corso che esigevano la sua direzione, ha fatto il suo dovere, e dev'esser rimborsato delle spese. Così nella prefata decisione.

Digitized by Google

società anonima; e qui consiste tutta la differenza rispetto ad essi. Anche i primi, fungendo *sotto la ragion sociale*, possono considerarsi mandatari: ma sono piuttosto *mandatari legali* che deducono organicamente la loro facoltà dalla qualità che rivestono nella gerarchia sociale (1); i secondi, vale dire i gerenti delle società anonime, sono mandatari *convenzionali* e non altro; che tutto ricevono dalla volontà dell'ente morale; nulla desumono dal proprio fondo, nè da rapporti di diritto propri della loro posizione. Essi, come qualche scrittore ha ben detto, non sono che *mandatari ordinari*.

I poteri di codesti mandatari hanno bisogno di essere definiti, e lo sono nello statuto sociale pubblicato e conosciuto da tutto il mondo. Se non che lo stesso titolo di gerente e amministratore di una società ha un significato generalmente ricevuto, che fa intenderne la missione. Gli uomini del commercio sanno perfettamente ciò ch'esso può fare; e non è facile errare intorno a questo, tanto più che havvi sempre quell'ambito, quell'atmosfera della buona fede che circonda le operazioni interpretabili, e vale a sostenerle.

Doveri speciali sono imposti dalla legge ai mandatari amministranti, dichiara nell'ultimo l'articolo 130. Tali doveri sono specificati nell'articolo 139, al quale ci riportiamo (2).

478. Essi devono render conto. È da vedersi a chi competa l'azione per obbligare il gerente alla resa del conto.

L'azione a chiedere il rendiconto si reputa avere un carattere individuale (3), non essendo semplicemente affare di regolamento e di governo sociale: ma toccando le borse dei singoli, e dicendo il più e il meno dell'avere di ciascheduno. Non è raro che l'azione ad ottenere un identico scopo in giudizio appartenga a più persone, non però a simultaneo, ma a graduale esercizio; e ciò parmi eziandio di presente. Stabilito nel patto sociale che il rendiconto debba presentarsi all'assemblea generale o ad un Consiglio speciale a quest'oggetto, non riconosco individualmente nei soci il diritto di agire contro il mandatario amministratore per la resa del conto (4). Aggiungo: che sebbene lo statuto sociale fosse muto intorno a ciò, nondimeno durante la società, è un'azione collettiva che appartiene alla società intera; e chiaro si manifesta che se così non fosse, sorgerebbero forse tante pretensioni e tante liti, quanti sono i soci, le quali tutte si dovrebbero poi riunire in un complesso. L'individuo non abdica per questo ai diritti suoi propri e personali; e di più maniere può farli valere: 1° contro la stessa assemblea o Consiglio, affinchè, trascurando l'esame del conto, vi si applichi a dovere; 2° qualora l'amministratore non si prestasse, e la rappresentanza sociale, diffidata, non se ne curasse, obbligarlo giudizialmente a rendere il conto non a sè o ad altri soci individualmente, ma alla società; 3° opponendosi alle deliberazioni dell'assemblea, se non fu invitato all'adunanza; 4° ritenuta valida la deliberazione nella quale egli restò in minoranza, proporre le sue osservazioni in contrario, e occorrendo, sostenerle in giudizio (5).

Ora si domanda, se nello statuto sociale sia stabilito che l'assemblea generale a maggioranza approverà i conti della gestione, non è egli valido e operativo questo regolamento, come sarebbe valida e operativa la convenzione di rimettere ad un arbitrato formato *a priori* le questioni che sorgessero sulla resa dei conti dell'amministratore? (6).

(1) Come soci risponsabili e solidali rapporto agli accomandanti ed azionisti, privati dell'esercizio attivo dell'amministrazione.

(2) Anche per ciò che riguarda i consigli di direzione e sorveglianza.

(3) Questo pensiero ricorse al num. 472. — Aggiungi Bédarride, *Des sociétés*, num. 283.

(4) Malgrado ciò che ne dice Bédarride al n° 283: « Il importerait peu que l'acte social disposât que « le comte serait rendu en assemblée générale. Une « clause de cette nature ne saurait avoir aucune « influence *sur le droit de chaque intéressé de pro-* « *voquer la reddition, sauf à l'effectuer dans les for-* « *mes prescrites par les statuts sociales* ». Che mai s'intende con questo *salvo*, se il socio comincierebbe dal violare lo statuto in ciò che ha di più sostanziale, cioè l'ordine di giurisdizione a ciò preordinato?

(5) Non è in questo caso che la maggioranza fa legge alla minoranza, dichiarò la Corte di cassazione francese nei giorni 16 luglio 1838 e 9 marzo 1841 (*Journal du Palais*, 1838, tom. 1, pag. 528, 1841, tom. 1, p. 154), e la Corte di Lione il 12 agosto 1826.

(6) È probabile che trattando della competenza commerciale io debba occuparmi *dell'arbitrato in materia commerciale*, che reca specialità degne di esame. Niun dubbio che, in commercio, maggiore facilità e larghezza si accordi in fatto di compromessi, che pur sono di sì continuo uso e di tanta utilità. Il che fu avvertito anche da un recente scrittore, l'avvocato Moise Amar, che ha dettato un libro accurato e pieno di saggie avvertenze *intorno ai giudizi arbitrali* (Torino, tipografia Favale 1868).

Tale ordinamento o convenzione che dir si voglia, sarebbe valida senza dubbio; ma le convenzioni valide producono quegli effetti che sono consentanei alla loro natura. L'assemblea generale quando non decide, come si diceva e giova ben ritenere, intorno alla disciplina, al governo, all'assetto sociale, a ciò che concerne il collettivo anzichè l'individuale, è una autorità contro le cui decisioni è lecito piatire avanti il giudice ordinario. E se vogliamo un altro criterio discretivo in subbietto alquanto sottile, diremo: che quando la disputa venga a cadere sopra un diritto contemplato dalla ragione giuridica, non si può accordare all'assemblea una giurisdizione contenziosa da sostituirsi a quella dei tribunali e farne le veci.

Se, a cagion d'esempio, l'assemblea generale rimuove un amministratore e ne crea un altro, essa esercita un potere che riguarda l'interesse di tutti; e prende una determinazione che *dipende dalla volontà dei soci*, rappresentata dal voto dell'assemblea. Similmente se si trattasse di una transazione con terzi, la conclusione dell'assemblea sarebbe definitiva perchè tutti i soci sarebbero concorsi nella volontà di transigere, compresi i non assenzienti, assorbiti dalla maggioranza. Se invece vi fosse dissenso giuridico sull'oggetto della risoluzione; se uno dei soci sostiene che avendo dei diritti compensabili, egli ha già versato il quantitativo delle azioni da lui sottoscritte; se altri non consente negli apprezzamenti giuridici che ha fatti l'assemblea intorno a certe operazioni dichiarate illegittime in odio di un gerente; o le ha dichiarate illegittime mentre qualche socio le giudica perniciose al comune, e quindi al proprio interesse, ecco disputazioni di diritto sulle quali l'assemblea può esporre il suo modo di vedere, ma non può decidere a danno di un dissenziente.

Vi è qualcosa in tutto questo da mettersi a riscontro con una convenzione arbitramentale su future questioni? No per certo: e basta enunciare la proposizione per vedere la differenza. Il compromesso è un vero giudizio: rimettersi a un giudizio di arbitri e portare le controversie avanti il magistrato legale; e non equivale al decidere in casa propria e col proprio suffragio le stesse controversie.

479. Un gerente si vuole responsabile di avere sottoscritto un atto in opposizione dello statuto sociale. Si giustifica forse provando ch'egli non fece che eseguire una deliberazione dell'assemblea generale? (1).

Ecco la specie decisa dalla Corte di Parigi nel giorno 20 del 1839, onde venne a stabilirsi la teoria.

La società anonima di C aveva dato ipoteca alla ricevitoria generale sopra certi stabilimenti industriali, con estensione a tutto il materiale compresovi, e segnatamente alle macchine. L'assemblea generale, passato non so quanto tempo, ordinò che le macchine *a* e *b*, soggette al pegno ipotecario, fossero staccate e vendute. I gerenti diedero eseguimento all'ordine dell'assemblea. La società venne a fallire, e allora i ricevitori generali mossero pretesa, essere i gerenti personalmente responsabili del valore del pegno da essi dissipato alienando le macchine.

Rispondevano i gerenti di avere puramente e semplicemente eseguito la ordinanza dell'assemblea generale degli azionisti; ch'essi furono passivi in quest'affare: non fecero che adempiere a un dovere della loro posizione. I gerenti furono assolti.

La decisione fu onorata dell'approvazione di Délangle (*Des sociétés*, n° 447). La questione acquistava un interesse teorico, in quanto si esaminò sotto l'aspetto delle facoltà stesse del mandante, e non del fatto semplice e nudo dell'esecutore. *Se l'assemblea avesse dal canto suo violato qualche principio d'ordine pubblico o d'interesse generale*, non ne saria coperta, dicevasi, la responsabilità degli esecutori o mandatari che sarebbero concorsi in un atto illecito o dannando.

Ma si credeva che l'atto dell'assemblea non fosse nè l'uno nè l'altro. Egli è vero che l'assemblea non poteva ignorare i suoi obblighi, e come non potesse onestamente diminuire colle proprie mani il pegno del creditore; si soggiungeva però che il creditore in tal caso non avesse azione ai danni-interessi; ma, giusta l'articolo 2131 del Codice Napoleone, avesse piuttosto diritto di chiedere un supplemento di ipoteca o l'immediato pagamento. E per questa bella ragione, assolto il mandante, era per conseguenza assolto anche il mandatario (2).

Senza convenire nella conclusione pratica,

(1) La questione è proposta da Bédarride (*Des sociétés*, n° 284): sebbene di non grave conto, vale a meglio chiarire la natura delle assemblee generali e dei relativi mandatari.

(2) Dall'articolo 2131 del Codice Napoleone non è punto diverso l'articolo 1980 del nostro Codice civile, che però riguarda il caso del *naturale*, non già del procurato e delittuoso deperimento del pegno o dell'ipoteca; il quale fatto, senza dubbio alcuno, obbligherebbe al risarcimento dei danni ed interessi per disposizione generale di ragione, raccolta nell'articolo 1151.

io ammetto la teoria nei suoi termini generali; ma stimo necessarie alcune rettificazioni.

Tutto ciò che l'assemblea propone contro le obbligazioni assunte nello statuto, o anche per patto successivo, verso il pubblico o verso individui in ispecie, si considera contrario all'*ordine pubblico* e all'*interesse generale*; non meno che violando le nozioni comuni dell'onestà e della buona fede. Mentre risolve intorno al proprio interesse, nelle sue relazioni di diritto, l'assemblea è un individuo che ha la coscienza e la responsabilità delle proprie azioni. Ma in qual modo il mandatario può ritenersi complice dei fatti illegittimi dell'assemblea e doverne portare personalmente la pena? Certamente allora che il mandatario amministratore conosce di prender parte in un fatto illecito, in un'azione biasimevole. Vi è solidarietà, anche civile, fra più persone che si uniscono per commettere un quasi-delitto (articolo 1156 del Codice civile). Il mandatario, sia pure anonima la società, e possa quindi il mandatario non aver qualità di socio, non potrà mai allegare l'ignoranza dello statuto fondamentale dell'associazione del quale la stessa assemblea è custode ed esecutrice, e neppure delle modificazioni successivamente avvenute: atti pubblici, atti solenni dei quali è primario debito dell'amministratore esattamente informarsi. Osservabile, che l'amministratore d'una società anonima agisce bensì come un mandatario, in quanto non è caricato dei debiti della società e non risponde nel proprio del mal esito della operazione condotta senza dolo e mala fede per parte sua, ma è altresì un amministratore: è, per così esprimermi, un *mandatario qualificato* per la mole dei doveri che assume non solo rispetto ai propri mandanti, ma eziandio rispetto al pubblico, onde non dee misurare puramente la sua azione dagli ordini che riceve da un'assemblea e da un Consiglio, interessati; ma pur anco da quelle norme, che superiori agl'interessi di parti, sono inspirate dal retto senso e dalla giustizia. Ciò deve risultare anche più fortemente dal successivo articolo 139.

Che a tanto si estenda l'obbligo degli amministratori (1) è stato ritenuto per solenni giudicati sino ad accordare azione contro di essi ai creditori della società che possono esercitarla come tali; o in luogo della società loro debitrice (2).

480. Siamo venuti accennando alcuni poteri amministrativi, che nelle società anonime sogliono costituirsi; giova fermarvi l'attenzione.

Fra codesti organi ausiliari, e che bene possono dirsi *speciali*, dell'amministrazione, è principale il *Consiglio di direzione o di sorveglianza*, detto anche *Consiglio d'amministrazione*. Nelle loro facoltà più preziose è quella di autorizzare gli atti di amministrazione. Si comprende che i poteri di cui il Consiglio è investito, sono dell'ordine di quelli che si concedono all'amministratore al quale aggiunge morale autorità ed appoggio.

Quali però siano gli organi interni che avvalorano il movimento amministrativo, rimpetto al pubblico non esiste che l'amministratore o gerente, il solo conosciuto dai terzi nelle loro relazioni contrattuali: benchè il pubblico non ignori che dietro di esso havvi un magistrato speciale che ne governa i passi e ne sorveglia le opere (3). Perciò all'amministratore si appartiene, e non al Consiglio, rappresentare la società in giudizio in tutto quanto è dell'amministrazione, sì attivamente che passivamente (4).

Posto che i poteri amministrativi affidati al Consiglio di direzione o di amministrazione sono della stessa ragione ed ordine che quelli del gerente effettivo, il Consiglio, per dar un esempio, non potrà autorizzare il gerente a contrarre un mutuo: facoltà spettante all'assemblea generale nel supposto che a lei stessa non sia stata espressamente interdetta dallo statuto sociale (5).

(1) E ve ne ha talvolta alcuni investiti di un potere censorio, appellati *censori*.

(2) Corte di Colmar, 3 luglio 1867 (Dalloz, *Recueil*, 1867, part. II, num. 233).

(3) Tanto questa costituzione interessa il pubblico, il quale trova in essa una delle più valide guarentigie, che i creditori hanno azione per obbligare la società a ricostituire il Consiglio ove fosse trascurato.

(4) Gli amministratori delle società anonime non rappresentano, si disse, i *fondatori* o *istitutori*; quindi se il giudizio comprende il costoro interesse, devono essere citati (Corte di Douai, 12 febbraio 1848, Sirey, tom. XLIX, part. II, pag. 670). Se il giudizio riguarda non la semplice amministrazione, ma i suoi diritti sostanziali, forma, organamento, diritti di proprietà, l'amministratore dev'esser autorizzato dall'assemblea.

(5) Cassazione francese, 22 gennaio 1867, presidente Troplong (Dalloz, *Recueil*, 1867, t. I, p. 68). Altre decisioni in questo senso. Nancy, 22 dicembre 1842 (*Journal du Palais*, 1843, tom. II, pag. 53); Bordeaux, 6 agosto 1834 (ivi, 1834, t. II, pag. 14).

Un'equa sentenza della Cassazione francese del 24 maggio 1852 ha dichiarato che la società anonima rimane però obbligata quando si provi l'*in rem versum*, e che il mutuo le abbia giovato.

Certe operazioni di prestiti di piccol conto e di

Or che sarebbe se il Consiglio di direzione e amministrazione avesse incompetentemente autorizzato il mutuo?

Più questioni si presentano. Il contratto può esser negato e respinto dalla società come per essa non obbligatorio? Se obbligatorio, i membri del Consiglio non saranno responsabili nel proprio? Il gerente non sarà pure tenuto o solidariamente o suppletoriamente?

Varie risposte.

Conviene in prima distinguere fra le facoltà ordinarie dell'amministrazione e quelle che sono naturalmente ed evidentemente escluse dai poteri di un amministratore. Per questo non occorre dichiarazione; invece onde l'amministratore sia privato dell'esercizio di alcune di quelle funzioni che non sono del tutto incompatibili colle sue facoltà ordinarie, deve risultare espresso il divieto.

È massima di giurisprudenza che il contratto non può sostenersi dal terzo contraente quando egli fosse pienamente informato dei limiti dei poteri del gerente; sapendo che il gerente non ne avea la facoltà, e nonostante persistendo nel negozio, egli ha voluto fare un contratto nullo. Tal sia di lui! Se non che bisogna camminare molto adagio in questa teoria. Giustamente si esige nel terzo una scienza apposita, specifica, indubitata. La scienza generale e probabile non basta. Si dovrebbe provare o la denunzia sincera delle proprie facoltà fatta dal gerente (che equivarrebbe al non voler concludere l'affare); o la comunicazione integrale dell'atto di società. La pubblicazione di esso, e la cognizione che ne deriva al pubblico, si reputa insufficiente (1). Ma tutto questo è opponibile dai terzi alla società; o vale soltanto in relazione alla persona dell'amministratore?

La società è difesa dalla chiarezza del suo programma manifestato al pubblico. Per essa il contratto non esiste, ossia può rifiutarlo. Ciò posto, la questione va a concentrarsi fra l'amministratore e il terzo contraente. Se quegli dimostra che il terzo era sufficientemente istrutto delle sue facoltà, l'amministratore non è personalmente tenuto della indennità: nel caso inverso, l'amministratore solo è tenuto. Se il Consiglio di direzione lo ha autorizzato a questo atto incompetente, i membri di esso che si sono prestati ad autorizzarlo sono pure personalmente tenuti (2).

Nè perciò l'amministratore declina la sua responsabilità personale o verso la società o verso i terzi sotto il presidio di un ordine superiore, e pretestando il debito di obbedienza, come si rilevò al precedente numero, non ammettendo noi il debito della obbedienza inconsulta e cieca come quella di un monaco. Rispetto all'esercizio dell'azione, il creditore dovrebbe direttamente agire contro l'amministratore col quale ha contrattato; e solo in sussidio contro i membri del Consiglio.

Articolo 131.

Il capitale della società anonima si divide in azioni.

481. *Ragioni per le quali la legge italiana non dichiara la divisibilità dell'azione.*

481. « Il capitale della società anonima, era scritto nell'art. 43 del Cod. di commercio albertino (35 francese), si divide in azioni; e *può anche suddividersi in porzioni di azioni uguali di valori.* Questi *coupons* potevano essere di una metà, di un terzo, di un quarto di azione: purchè uguali. Era una facilitazione offerta alla concorrenza. La frazione non era determinata: poteva essere minima.

Si crede che ci fosse un'altra vista; quella cioè di diminuire il numero dei suffragi, perchè la folla dei votanti non era stimata la migliore delle guarentigie alla bontà delle deliberazioni nelle generali adunanze. I semplici frazionari non avevano certamente il diritto del voto, appena riserbato al possessore di un'azione. Forse così speravasi di dissipare la folla importuna.

breve durata possono ritenersi nelle facoltà dell'amministratore, il che dipende dalle circostanze di fatto. Noi ne abbiamo discorso trattando della gestione di società in nome collettivo. Bisogna pur convenire che il gerente di una società anonima è soggetto a maggior rigore.

(1) Douai, 15 maggio 1844 (SIREY, tom. XLIV, part. II, pag. 405, ALAUZET, *Comment.*, num. 137).

(2) Cassazione francese, 22 agosto 1844 (SIREY, tom. XLV, part. I, pag. 209). Detta decisione della Corte di Douai. È chiaro che se il Consiglio di direzione e amministrazione avesse autorizzato l'amministratore a vendere, ipotecare e simili, sarebbe personalmente tenuto alla indennità verso i terzi.

Digitized by Google

Veramente l'idea di favorire l'aristocrazia del capitale, escludendo dall'assemblee i suffragi dei piccoli proprietari, non poteva guidare la mente del legislatore italiano, se pure quel modo d'interpretazione non fu una velleità dei commentatori. È più sicuro il dire, che non si aveva alcun motivo per ricopiare anche una volta quella vecchia disposizione. La misura dell'azione non è determinata. Bisogna lasciarne la libertà alle società che si costituiscono. Ad esse appartiene, consultando il proprio interesse, la natura e l'oggetto del negozio, stabilire la portata dell'azione; e potrà essere del più tenue valsente. Del resto se l'azione sarà elevata, niente vieta che più individui si uniscano per acquistarla, e ne diventino comproprietari; come non è tolto di alienare la interessenza di frazioni, benchè l'azione non possa dividersi nella contabilità sociale.

SEZIONE VII.

Disposizioni comuni alla società in accomandita divisa per azioni ed alla società anonima.

Articolo 132.

I promotori sono personalmente risponsabili degli obblighi che contraggono per costituire la società, salvo il regresso contro di essa se vi è luogo.

482. *Scopo di questa disposizione.*

482. I promotori si sono moltiplicati; i progettisti abbondano. Se alcuni pensano che facendo dei progetti non s'incontrino obbligazioni, la legge ne avverte l'errore. Se non che vi saria stato proprio mestieri di una legge per dichiararlo! Essa, secondo me, ha avuto altro scopo. Ammonire i *promotori* che non potranno esonerarsi dagli obblighi personalmente incorsi perchè abbiano costituita una società; nè rinviare i creditori a far valere i loro diritti contro la società medesima. I promotori non potevano obbligare la società prima che fosse formata per quanto voglia considerarsi una loro creazione. Sogliono però caricare la società dei preassunti obblighi: ed io credo che in tal caso i creditori siano vestiti dell'azione *utile* esercibile direttamente contro la società.

Articolo 133.

Non si possono conferire in società cose mobili od immobili, che non si riferiscono al commercio che la società si propone.

483. *Interpretazione ristrettiva che conviene assegnare a questo articolo. Non potrà mai dedursene che una posta sociale non possa soddisfarsi con immobili, assenziente la società.*

483. Questa nuova disposizione limita il principio che valori d'ogni forma convenientemente apprezzabili possano conferirsi in società purchè il consorzio sociale ne abbia fatto la debita stima all'ingresso, sia determinando la base di esso valore, sia facendovi corrispondere nella società una data posizione a favore del conferente. Il legislatore ha voluto toglier di mezzo gl'imbarazzi che sogliono produrre certe maniere di soddisfacimento della posta sociale da considerarsi inadeguate onerando la società di operazioni o malagevoli o rischiose per realizzare il suo diritto. Se *l'immobile si riferisce al commercio che la so-*

Digitized by Google

cietà si propone; se cioè l'immobile può servire a quello scopo; se, per esempio, è un magazzino utile al deposito delle mercanzie, un'edifizio ove potrà collocarsi l'amministrazione, e via discorrendo, nulla di meglio. Se la società fa suo commercio di petrolio, e il socio *A.* paga il suo quoto con 100 barili di petrolio, sta bene. Ma se invece non ha da conferire che 50 pezze di panno, delle droghe e dell'acquavite, la legge dice che tali cose non *si possono conferire*, perchè non *riferiscono al commercio* della società. Se il socio *A.* vorrà dare una casa che possiede nella città, o un fondo rustico sul quale la società non fa un certo assegnamento per gli usi che la riguardano, non valga; perchè tutto ciò è dannoso, o almeno può esserlo, e non rappresenta un giusto equilibrio colle altre quote pagate con valori più positivi. L'immobile si dovrà alienare per cavarne un prezzo; ma quante incomodità per ciò conseguire, quali garanzie e responsabilità vanno ad assumersi dalla società! Se le *cose mobili*, le merci, come si diceva, non sono nel commercio abituale della società, probabil cosa è che si vendano male e a discapito; e perciò è proibito di conferirle.

Per non dover dire che il legislatore si è incaricato di fare il procuratore della società e di condurre i di lei interessi meglio che non farebbe ella stessa, bisogna interpretare l'articolo in questo senso: che il socio che ha promesso una quota o posta determinata nel valore, senza esprimere la materia del pagamento, non adempie rettamente all'obbligo suo offrendo di quelle cose. Ma la società non potrà accettare tal modo di pagamento? La proibizione scritta nel nostro articolo si estende sino all'annullamento di simile convenzione?

Che la proibizione sia d'ordine pubblico, non può dirsi certamente. Si vuol tutelare l'interesse della società? Ma potrebbe anche trovarsi utile e vantaggioso, qualche volta necessario (1), ricevere in pagamento un immobile, o merci ed effetti non correlativi precisamente al suo commercio ordinario. Vi può essere una gran convenienza di prezzo. Un socio che deve 100 paga con un immobile che vale assai di più; offre delle pitture, degli oggetti d'arte che possono vendersi a ben maggior costo. L'assemblea degli azionisti accetta e fa bene. Vi hanno già compratori pronti; si realizza il prezzo e si riversa nella cassa della società un notevole aumento. E tutto questo sarà nullo? A tanto non si estende, bisogna ritenerlo, la potenza di quel divieto.

Ma si è voluto forse coll'articolo 133 mostrare in principio che un immobile non è materia abile a soddisfare il debito di una posta sociale in commercio? Neppur questo è vero. Lo stesso articolo 133 risolve il dubbio. La materia immobiliare non è incompatibile coll'esercizio commerciale dappoichè la legge stessa riconosce e ammette il conferimento dell'immobile, *quando si riferisca* al commercio attuale della società, ossia quando torni utile all'esercizio commerciale. Non si tratta adunque *della resistenza naturale della materia*, ma piuttosto dell'uso che se ne possa fare. L'uso però non è perenne; è condizione accidentale e mutabile: domani quel locale che serviva per magazzino delle merci, non serve più. E allora? Si annulla forse il conferimento e la convenzione che lo convalida?

Anche questa è una legge nuova, ma che ci costringe penosamente a molte parole, perchè, come qualche altra, fu poco studiata. In massima generale non si è mai proclamato non potersi conferire dal socio una cosa immobile, se così venne convenuto. Talvolta, ammettendo sempre il principio, si è giudicato che il socio ha adempito al dovere di conferire un immobile *franco e libero da ipoteche*, versandone il prezzo (2). Per quante combinazioni un immobile può entrare nel patrimonio sociale! Taluno dei soci garantisce la collazione della sua quota mediante ipoteca. Non paga; si mandano all'asta gli stabili: si aggiudicano alla società. L'oggetto della impresa consiste in fabbricazioni e costruzioni: alla società anonima, come nella disgraziata che invano si denominò da un grand'uomo, restano dei canali, dei manufatti, degli edifizi; fondi immobili nell'attività del fallimento. Un terzo debitore per accettazioni cambiarie non ha che una casa: ve la cede a mercato vantaggioso; e non dovete accettarla perchè la casa non è un mobile? (3). Quali utopie! L'immobile diventerà danaro se vi piace, ed entrerà nelle casse sociali ad animare il giro del commercio: pare adunque che la nostra interpretazione dell'articolo 133 sia la sola possibile.

(1) Se il debitore non avesse altri mezzi.

(2) Cassazione francese, 9 dicembre 1863 (*Journal du Palais*, 1864, pag. 1114).

(3) Altro è che gl'immobili non possano costituire l'oggetto di una società commerciale, come si disse altrove (num. 11, lett. *p*), ed altro che il subbietto sul quale si esercita l'opera della società, siano costruzioni e fabbricazioni di edifizi e pubblici o privati.

Articolo 134.

Nella costituzione della società i promotori non possono riservare a loro profitto alcun premio, aggio o benefizio particolare rappresentato in qualsiasi forma da prelevamenti, azioni od obbligazioni di favore.

Possono però riservarsi una partecipazione agli utili che la società fosse per conseguire durante uno o più esercizi dell'impresa sociale, ed il cui pagamento abbia luogo dopo la formazione ed approvazione del bilancio. La riserva non ha effetto, se non viene approvata dall'assemblea accennata nell'articolo 136.

Non si reputa premio il rimborso delle spese realmente fatte per promuovere la costituzione della società.

484. *Spirito di questa disposizione.*

---

484. L'esperienza gridava contro l'ingordigia di quegli speculatori che si chiamano *promotori* di società commerciali; audaci progettisti, sensali travestiti, seminatori d'illusioni in questo secolo di guadagni e di trufferie. Il legislatore se ne commosse. È nello spirito molto ben calcolato della nuova legislazione di proteggere in ogni maniera il capitale sociale per assicurare con tale guarentigia, per quanto si possa, il credito, sempre minacciato dallo spettro del fallimento. Posiamo il principio dal quale in altro luogo di questo trattato dedurremo lo scioglimento di questioni importanti. La disponibilità degli utili è più facile e, nei risultati, meno pericolosa.

I promotori sono considerati non come fattori di capitale, ma come coloro che hanno portata alla società un'idea, per quanto si voglia, feconda; un'opera d'industria, per quanto sia energica ed influente. Si vogliono ricompensare, ma a spese dei soci, non a danno e pericolo dei terzi.

Articolo 135.

Per la costituzione della società è necessario che sia sottoscritto per quattro quinti il capitale sociale, e versato in danaro da ciascun socio il decimo almeno del montare delle azioni da lui sottoscritte, semprechè non sia stabilito il versamento di una quota maggiore nel decreto di autorizzazione della società.

La società non può emettere obbligazioni od altri titoli al portatore sinchè non sia versato l'intero capitale sociale. Il montare delle obbligazioni e dei titoli non potrà mai eccedere quello del capitale versato.

485. *Introduzione. Formula di consuetudine. Condizioni di esistenza della società anonima.*

486. *Nozioni che occorre rilevare.*

I capitali di moltiplice e differente natura che si conferiscono, possono esser dati in proprietà o a semplice godimento.

Questione, se nel silenzio della convenzione i capitali s'intendano conferiti in proprietà, o ad uso e godimento.

487. *Posizione della questione. Tutto dipende dall'animo e volontà del conferente.*

Niuna variazione all'antica e comune dottrina, che la comunicazione soltanto degli utili si presume fatta al socio d'industria, è stata portata dall'articolo 1851 del Codice civile francese, al quale è conforme il nostro 1715.

488. *Si prova, contro* TROPLONG, *che i principii ritenuti in quegli articoli intorno al rischio e pericolo della proprietà, in quanto sia costituita di corpi certi e determinati, o di cose fungibili, sono quelli proclamati dal diritto comune ed esistenti per natura delle cose. Riassunto.*

489. *Se dovendo la società restituire in valore le cose fungibili o tali che naturalmente si cor-*

Digitized by Google

rompono, o destinate alla vendita, sia da considerarsi il prezzo in ragione del tempo della immissione o della vendita, o di quello che corre al momento della restituzione.

490. *Schiarimento al capoverso dell'articolo* 135.

485. Una delle formole più frequenti negli statuti delle società anonime suol essere la seguente.

Stabilito l'ammontare dell'azione, si dispone così. Eseguito che sia il versamento di tutte le azioni, si farà luogo al riparto degli utili. Un 20^mo^ è destinato all'ammortizzazione delle azioni; gli altri $^{19}/_{20}$ sono distribuiti per tutte le azioni, ammortizzate o no, a titolo di dividendo. — L'ammortizzazione si farà mediante estrazione a sorte dal Consiglio d'amministrazione (1), previo avviso da inserirsi nella *Gazzetta Ufficiale*. — I proprietari delle azioni sortite ricevono il rimborso del capitale nominale; e in luogo degli estinti sono muniti di nuovi titoli aventi i numeri delle azioni estratte, col nome di *titoli dei dividendi*. — I quali nuovi titoli avranno nel dividendo degli utili i diritti stessi attribuiti alle altre azioni, prelevato il 5 per 100 a favore delle azioni non estratte, e la quota del direttore. —

È una formola come un'altra, ma vi si può leggere una consuetudine lungamente osservata in commercio e approvata nei giudizi; e sino a un certo punto si è infiltrata nella legge. La legge si è impadronita di qualche particolare, ha fissati dei limiti, ma infine ha trovato, come sempre, che si faceva bene quello che si faceva prima di lei. Per altro ha della sua mano imperativa suggellate alcune norme, non più soggette ad arbitrio dei contraenti.

La società anonima non comincia ad esistere come ente morale riconosciuto dalla legge, *se il capitale sociale non è sottoscritto per quattro quinti delle azioni, e non sia versato almeno un decimo in danaro.*

Dalle parole del testo ci traspare, che il voto del legislatore sarà viemmeglio soddisfatto, se potrà stabilirsi un anticipo più rilevante. Oggidì sono molti gli uomini arrischiati; e il commercio sente ad ogni piè sospinto il bisogno di serie guarentigie.

Il decimo del capitale delle azioni è adunque versato *in danaro*, a condizione di esistenza della medesima società che sino a quell'avvenimento si considera in istato di progetto: ma non potrà essere supplito da valori corrispondenti? I titoli monetari, che si riscuotono *ad nutum*, come le cedole di banca, equivalgono al danaro numerato e presente. Niun altro titolo di portafoglio, benchè munito di tutta la versatilità di un effetto di commercio, come cambiali, fatture o polizze al portatore, può farne le veci. Ciò pure ritenne, in materia di pagamenti primordiali delle azioni, la Corte suprema di Francia nell'11 gennaio 1863 (*Giurisprudenza italiana*, Collezione CAVERI, parte III, pag. 27).

Se i pagamenti delle azioni possono anche stabilirsi a rate con certe condizioni e comminatorie, come più avanti si dirà, non si può per patto nè per adesione e volontà dei soci differire il pagamento dell'importo primitivo, sia perchè la legge ne fa un obbligo espresso, sia perchè prima della verificazione di questo fatto *la società non è costituita;* e niuno dispone della propria condizione d'esistenza. La società anonima è *essenzialmente* divisa per azioni; mentre quella in accomandita lo è solo *potenzialmente*, ma è pure di necessità preceduta dalla formazione del capitale.

Un certo numero di persone, generalmente commercianti (2), accordandosi nello stesso disegno, o di spontaneo moto, o per essere stati raccolti da un autore che chiamiamo *promotore*, propostosi e stabilito l'oggetto che determina la individualità e la personalità dell'ente sociale, mettono in comune dei capitali che poi si dividono in parti (azioni), e ne sono la base costante. Del vario concorso dei capitali si è venuto parlando in più luoghi; ora si ritocca l'argomento, ma per dedurne altre conseguenze (3).

486. Ogni socio è debitore verso la società

(1) Magistratura speciale a quest'oggetto, che si crea nell'assemblea primitiva.

(2) Anche non commercianti possono assumere di tali imprese; e da quella acquistano carattere e condizione di commercianti.

(3) Il presentaneo versamento del decimo dell'azione abbiam detto essere necessario.

Con sentenza del 14 novembre 1856 (BETTINI, tom. VIII, part. II, pag. 886) si ritenne valida la sottoscrizione di un numero di azioni in accomandita, colla facoltà ai sottoscrittori di non eseguire il pagamento dei relativi decimi finchè non fossero soddisfatti dalla società di certi loro crediti.

Si pensò di temperare la massima, che si presenta ardita, col dire, che il termine dal gerente accordato al pagamento, era nelle sue facoltà; ma

Digitized by Google

« di tutto ciò che ha promesso di conferirvi », dice l'articolo 1709 del Codice civile, e l'articolo nel suo intero tenore, come altri che seguono, fanno manifesto che di più maniere, di più ragioni, e anche con modalità d'uso o di godimento, possono essere i conferimenti sociali (1).

Quel fondo che costituisce il patrimonio della società è un grande insieme di attività che operanti secondo la propria natura e in relazione al proprio oggetto, sono atte a contribuire a quegli esiti fortunati che ogni società vagheggia. Mobili ed immobili (2); capitali reali e industria personale, crediti e diritti; tutte le *qualità utili d'una cosa* sono conferibili (3). Altri ha avvertito che un nome, per quanto sonante, introdotto in un programma sociale, non sarebbe cosa di sostanza se il credito di cui è apportatore nella società non fosse commerciale (4), e accompagnato dal lavoro e dall'opera personale dell'uomo che si enuncia nei cartelloni come quello di un attore (5). Previsioni inutili! Il buon senso e l'interesse medesimo degli istitutori della società è garanzia di cui niun'altra maggiore.

Ma i capitali si arrecano al fondo sociale *in proprietà* o a *semplice fruizione* o godimento; e molto rileva il conoscerlo, sendochè, allo scioglimento della società, nel primo caso il bene conferito, divenuto comune, si divide fra i soci, a norma della rispettiva interessenza; nel secondo, il conferente riprende la cosa della quale ha sempre mantenuta in se stesso la proprietà (6).

Se più commercianti, unendosi in società, hanno contribuito valori in numerario o in effetti realizzabili e realizzati nel corso dell'impresa, anche a somme ineguali, quando allo sciogliersi della società si presenti un attivo capace di rimborsare le immissioni, la questione mancherebbe d'interesse, ossia non si farebbe una questione, mentre ognuno di essi verrebbe ritirando nelle debite proporzioni i rispettivi capitali *sotto forma di prelevamento* della massa, sia che abbiano avuto in animo di cederne la proprietà, o soltanto di conferirne il godimento. I capitali si collocano sempre in una impresa colla fiducia di ritirarli accresciuti di guadagni più o meno considerevoli; e se questa idea riesce, la cosa, come dissi, è indifferente.

Comincia ad avere importanza quando vi sono dei *corpi certi* e *determinati*, soggetti ad evizione, ovvero a deperimento naturale o procurato, di cui parleremo in appresso.

E più ancora importa qualora vi abbiano da un lato soci di capitale, dall'altro soci d'industria (7), mentre questi ultimi, generalmente parlando (8), verrebbero a parteggiare il capitale portato in proprietà, sebbene dal canto loro non abbiano posto che l'opera.

Ciò basti quanto alla importanza della questione; ora veggasi in che consista e come si risolva.

L'opinione che vuole la comunione perfetta di tutte le cose, dice tale essere la natura della società, e rammenta la L. 1 e 2 Cod. pro socio (9); comune adunque dev'essere il capitale anche a tutti i soci, compreso il socio d'industria a cui l'attività e l'arte valgono il capitale; e talvolta l'avanza. Ora l'industria non è forse tutta spesa a benefizio della società? Quell'uomo che in un'impresa di manifatture applicò il secreto maturato in lunghi

---

doveva essere obbligatorio il pagamento non facoltativo, altrimenti la condizione sarebbe nulla.

Quella decisione suppone una società esistente e un gerente in funzione: e casi speciali che accadono durante la società potrebbero anche dar ragione al fatto del gerente, il che io non voglio indagare. Nelle applicazioni però dell'articolo 135 non si potrebbe ammettere una tale concessione. *Il credito qualunque di colui che sottoscrive delle azioni non può mai surrogarsi all'obbligo assoluto di versare in danaro* il decimo dell'importare delle azioni che sottoscrive all'ingresso della costituzione sociale.

(1) Vedi il nostro num. 436.

(2) Del conferimento d'immobili si è dovuto trattare esponendo l'articolo 133.

(3) TROPLONG, *Du contrat de société*, num. 112, 113 e 114.

(4) Niuno, io credo, darà come proficuo agli interessi della società il credito che gode nella sua professione un commediografo o un pittore.

(5) TROPLONG, ivi, num. 116.

(6) Ne trattarono in vario senso COSTA, *De portione ratæ*, quest. 116; MASCARD, *De probat.*, tom. I, conclus. 328, num. 7; FELICIUS, *De sociel.*, cap. IX, num. 52; DE UBALDIS, *De duobus fratr.*; ZANCHIUS, *De sociel.*, part. III, cap. I; PARDESSUS, *Droit comm.*, num. 990; MALPEYRE e JOURDAIN, n° 77; DURANTON, tom. XVII, n° 408; DUVERGIER, n° 204; POTHIER, *Des sociétés*,, n° 87; TROPLONG, n° 123 e seg.

(7) « Societatem uno pecuniam conferente, alio « operam, posse contrahi magis obtinuit » (Leg. 1 Dig. pro socio). Glossa, *Quia sæpe opera alicuius pro pecunia valet.*

(8) Accenno alla regola sociale; ma qui pure faccio una riserva per quello che sarò a dire.

(9) « Societas coiri potest, vel in perpetuum idest « dum vivunt...... In societate omnium bonorum « omnes res quæ coeuntium sunt continuo commu- « nicantur » (Leg. 1 Dig. pro socio). Tanto sarebbe invocare l'articolo 1701 del nostro Codice civile.

studi, arrecando sconosciuti meccanismi o nuovi metodi chimici, ha fatto progredir l'arte, perpetua compagna e ausiliaria del commercio, facendo nello stesso tempo assai bene gli interessi della società; ha dato più che qualche migliaio di lire, e il limitato prodotto che la negoziazione può ritrarne. Fra gli altri, il celebre glossografo ACCURSIO manteneva questa opinione, che ha pure moderni segnaci.

Ma la sentenza contraria, a cominciare da BALDO (*Commentario* alla L. 1 Cod pro socio), è generalmente professata (1) e ha il suffragio di tutta la giurisprudenza. L'opera, si dice, corrisponde ai prodotti del capitale e non al capitale medesimo. Il capitale è alla società uno istrumento, come uno istrumento è l'opera e l'industria. In verità niente osta che per volontà espressa dei soci il capitale recato da taluno sia comunicato a tutti: ma nel silenzio della convenzione non può ritenersi che la comunicazione degli utili. L'alienazione del capitale non si presume (2).

Il TROPLONG, discorrendo molto, secondo il solito, si rimane incerto nella conclusione in faccia alla moderna legislazione francese da lui illustrata, alla quale la nostra è pienamente conforme.

487. Dovendo recare in mezzo la mia modesta opinione, io trovo la questione ben semplice. Non si dimentichi che la nostra ipotesi sta in questo: se il capitale, nel dubbio, sia stato apportato coll'animo di trasferirne la proprietà nel consorzio, o solo il godimento. Ora facilmente si risolve, che l'alienazione non si presume, e si ritiene sempre dato il meno: questa è l'ultima ragione di DONELLO e la più decisiva.

Nulla dunque ha che fare la controversia della equipollenza e della prevalenza dell'opera sul capitale. Se a tale stregua dovesse giudicarsi, io pure mi sentirei fortemente inclinato a favore dell'arte, della scienza, dell'opera gagliarda ed efficace; ossia dell'*uomo capitale*, come lo chiamò GARNIER, nel quale posso riconoscere una potenza maggiore del materiale. Non sempre però, ma secondo le circostanze; e questa medesima varietà conferma l'idea ch'io porto, *trattarsi puramente e semplicemente di una questione di volontà e di fatto*. Un milione versato nelle casse sociali supera certamente il contributo personale di uomini che applicano una mediocre industria all'intento comune: e si fa strano credere che quel milionario abbia voluto ad essi comunicare il suo portato, per dividerlo insieme agli utili; quando gli utili stessi che ne derivano, aggiunti al prodotto di altri capitali chè possono ascendere, senza che ciò sia straordinario ai tempi nostri, a qualche decina di milioni, quando gli utili stessi, io diceva, offrono maravigliosi compensi, anche al socio d'industria (3), se la fortuna è seconda.

Tenerci dunque al principio *ab antiquo*, e dal maggior numero insegnato, che non si presume l'alienazione del capitale, parmi assolutamente la cosa più sicura.

Vediamo i dubbi che travagliano il nostro autore (4).

Egli si accosterebbe volentieri alla sentenza di DONELLO (5); ma vi sono disposizioni nel Codice civile che ne lo tengono lontano. Quali sono queste disposizioni? Quelle dell'art. 1851, riprodotto nel nostro articolo 1715 (6).

Ora TROPLONG così ragiona. Altre volte si pensava che l'industriale, non dividendo il capitale, non dovesse almeno dividerne il pericolo che restava intero al proprietario; di presente l'articolo 1851 fa le parti inverse. Per esso il capitale, il cui godimento è stato posto in società, perisce alla società, seguendone, che il capitalista rimane, dopo la perdita, creditore dell'altrettanto verso la società. Pertanto, se l'industriale nel sistema di DONELLO non do-

(1) DONELLO (Leg. 1 Cod. pro socio); VINNIO, (quest. *Selectæ*, lib. 1, cap. LIV); FACHINEO; GAIL; TULDENO, PEREZ, ecc.

(2) « Ergo *usus operæ* cum *usu pecuniæ* recte « compensatur, et illud socio operanti sufficere debet quod lucrum capit ex negotiatione, quod « lucrum facturum non erat sine pecunia socii » DONELLO.

(3) Sino a costituire una fortuna non mai sperabile da lavoro isolato.

(4) TROPLONG, num. 124.

(5) Le sue parole: « Si, sous l'ancien droit, « j'eusse probablement partagé l'avis de DONNEAU, « sauf les circonstances (dei fatti) je trouve dans « le Code civil des dispositions qui m'éloignent ».

(6) Giova averlo sott'occhio: « Le cose, il cui solo godimento è stato posto in società, che consistevano in corpi certi e determinati che non si consumano coll'uso, rimangono a rischio e pericolo del socio che ne è proprietario.

« Se queste cose si consumano coll'uso, se conservandole si deteriorano, se sono state destinate ad esser vendute, o se furono poste in società sopra stima risultante da inventario, esse rimangono a rischio e pericolo della società.

« Se la cosa è stata stimata, il socio non può ripetere che l'importare della stima ».

Digitized by Google

veva aver parte nel capitale, ora succede che l'industriale deve contribuire nella perdita di esso.

La questione adunque, secondo Troplong, sarebbe portata sopra un altro terreno « et les « combinaisons de Donneau semblent devoir « en éprouver un notable dérangement ». Come mai il socio d'industria dovrà contribuire alla perdita del capitale del quale non è comproprietario, e del quale non partecipa che i profitti? Troplong rammenta le sentenze dei teologi e ne fa una questione di moralità. Le glosse e i giureconsulti si schieravano da questo lato. Venne Pothier, riproducendo la solitaria opinione dell'Aretino, senza citarla e senza addur ragioni per sostenerla (1). Il Codice civile la raccolse e se l'appropriò negli stessi termini (n° 587).

Come ognun vede, l'illustre autore abbandona il suo ufficio d'interprete per assumere quello di critico. Egli non ragiona colla legge, ma contro la legge; la reputa ingiusta, immorale. Infine bisogna ammetterla, e non si può cancellare dalle pagine del Codice. E visto come ingiustamente l'industriale debba contribuire alla indennità del capitale consumato o deteriorato, ne deduce che *deve averne la comproprietà* come socio; ossia *la società diventa comproprietaria del capitale del quale non le fu concesso che il godimento.* Tale almeno è il forte suo dubbio.

Io oso accusare una grande confusione di idee.

Qual'è stata fin qui la posizione della nostra questione? abbiam domandato; nel dubbio, ossia nel silenzio della convenzione sociale, il capitale immesso, qualunque sia la sua natura, si presume alienato alla società, o piuttosto ritenuto in proprietà, non comunicati che i profitti che saranno per derivarne nelle sue applicazioni al commercio sociale? E abbiamo risposto, quasi concordemente, i soli profitti. Ora qual'è la ipotesi di fatto che la legge ci pone innanzi? *Che il solo godimento sia stato posto in società* (2). Ciò che noi andiamo nell'ambiguità ricercando, la legge dà per certo, e parte dal fatto: *che non la proprietà, ma il godimento soltanto è stato conferito.* Eccoci adunque condotti allo stesso punto al quale ci guidarono le nostre argomentazioni; ora non si tratta più fuorchè di vedere quali siano le obbligazioni dei soci non partecipanti al capitale quando il capitale si deteriora o disperde.

E la legge lo dichiara nell'articolo 1713. Si può gridare alla illegittimità, alla ingiustizia di una simile disposizione; ma la legge esiste. Essa ci dimostra che una certa garanzia del capitale, caricata alla società, *è compatibile col semplice uso e godimento di esso:* è una legge favorevole al capitale, non all'industria. Tanto più ci confermiamo nella nostra prima conclusione, cioè non potersi presumere l'alienazione del capitale, quanto più il capitalista si vede favorito nella sua posizione, quanto più egli trova il suo conto nel mantenersi nella proprietà. Tanto più è necessario alla società di premunirsi della dichiarazione espressa del socio proprietario di voler conferire la proprietà nel fondo sociale.

488. Nè vogliamo neppure lasciare senza risposta la censura d'illegittimità ed immoralità della legge. È una specie di commento dell'articolo 1715, al quale siamo tratti dall'ordine del nostro discorso.

La prima parte dell'articolo conferma la regola generale che la cosa *perit domino.* Ma il pericolo inerente alla proprietà, la fruizione della quale è abbandonata al consorzio, non si concepisce che sopra *corpi certi e determinati*, e che *non si consumano coll'uso.* Quando l'uso è distruttivo, quando non si può godere di una cosa senza consumarla, come il danaro (3) che è destinato a spendersi e a trasformarsi in enti diversi, è teoria troppo nota che la proprietà passa nell'utente, e deve passare necessariamente, non potendosi altrimenti usarne; e per usarne consumando, ossia con disponibilità assoluta, bisogna averne la proprietà.

La disponibilità della cosa ha per conseguenza il pericolo; e di questo principio non poteva farsi una limitazione in tema di società (4).

---

(1) Pothier, *Trattato delle società*, num. 126.

(2) Ripetiamo che l'articolo 1851 del Codice civile francese è negl'identici termini.

(3) Olio, vino, frumento, ecc., tutte cose che consistono in numero, peso e misura, *functionem recipiunt in genere suo*, e si restituiscono nella specie e non nell'individuo (articolo 483 del Codice civile).

(4) Ecco il Pardessus, sempre grave nelle sue conclusioni. « Il est rare que la nature des choses « mises en société, ou que la convention des parties « ne donne pas moyen de lever les incertitudes. « Ainsi, *lorsqu'on met en société des choses qui se « consomment par l'usage, et ne peuvent produire des « profits que comme objet de négociations*, telles que « de denrées, de l'argent, etc., lorsque des choses « qu'on en peut ranger dans cette classe sont ap- « portées par chaque associé, pour composer les

Sono ben diverse le nostre vedute! L'illustre TROPLONG, da altri ciecamente ricopiato, scorge niente meno che quattro limitazioni al principio: *que la chose dont la jouissance seule a été mise dans la société périt pour l'associé qui s'en est reservé la propriété.* Io non veggo limitazioni; ma trovo invece l'applicazione di una teoria del diritto comune, e che d'uopo era ritenere onde serbar distinti quei due ordini della comunicazione sociale che si chiamano *di proprietà* e *di godimento*. Posto che le cose fungibili non possano trasmettersi all'uso senza trasmettere coll'uso anche la proprietà, onde *abit in creditum*, non sarebbe più possibile, rispetto alle cose suddette, la distinzione fra la comunicazione in proprietà o per semplice godimento, qualora il rischio della perdita non fosse a carico della società. Essendo necessità di natura che le cose fungibili passino in proprietà, se non rimanesse al socio il diritto di prelevamento sulla massa del patrimonio sociale, ossia il credito, dopochè le derrate sono vendute e il danaro è stato speso, è manifesto che il socio sarebbe sempre obbligato a cedere la sostanza, nè mai potrebbe cederne il semplice godimento. Ora da che mai è rappresentata la proprietà che il socio ha voluto riservarsi, se non *dal valore*, attesa appunto quella trasformazione per natura delle cose inevitabile?

Si dice che il Codice civile non fece che prender di peso la dottrina di POTHIER e trasportarla nelle sue formole; ma POTHIER non l'aveva inventata, nè gli bisognava tampoco renderne i motivi: egli non faceva che proclamare una regola di diritto (1).

Io sono costretto dissentire da TROPLONG anche nella interpretazione di quella parte dell'articolo che pone nello stesso grado le cose *che conservandosi si deteriorano*. Secondo lui, sarebbero stati offesi e dimenticati i principii che regolano l'usufrutto (2). Nulla di ciò. È un equivoco di parole. La legge non accenna alle cose che *si deteriorano usandone;* ma a quelle che si deteriorano, *conservandosi*, quanto dire sono naturalmente deteriorabili (3). Quindi non sta l'esempio proposto dal celebre scrittore a censura della legge. « Ainsi, egli dice, la « société ne pourrait pas forcer l'associé à re« prendre des voitures degradées ». Io non lo credo. A me appare con tutta chiarezza un altro senso, un altro spirito della disposizione.

Ne farò una parafrasi per meglio spiegarmi. Le cose fungibili si consumano coll'uso: e consumate che siano, il socio rimane in credito del valore. Supponiamo che non se ne faccia uso per una ragione qualunque. La società si scioglie e quelle 50 maggia di grano, importate a godimento, esistono ancora, come dicesi, in natura. Il socio deve riprenderle. Ma invece del grano ha dato del butirro, del pesce fresco, o cose simili, che *col non uso si deteriorano;* se quei generi non furono tosto venduti secondo la loro destinazione, ma *si conservarono*, e quindi patirono deterioramento, il rischio, ossia il danno, è della comunità dei soci e non del solo socio proprietario. La ragione ognuno la sente. La teoria dell'usufrutto ci è affatto estranea, e le sue regole non furono violate.

Debbo chiudere la discussione e non posso trattenermi sulle altre parti dell'articolo 1715, che del resto s'intendono facilmente.

Una cosa sola dirò per ultimo. La legge addita dei criteri, ma infine tutto dipende dalle convenzioni, approvate o modificate, come vedremo, dal placito governativo, in fatto di società per azioni. La forma della comunicazione dei capitali, a proprietà o a godimento, non deve stare nell'equivoco; sarà espressa e conosciuta. Tolto questo dubbio principale, e la stessa convenzione poserà delle norme particolari, e saremo sotto la regola del diritto; la regola del diritto, che passa in convenzione, quando non è modificata da essa nelle parti in cui il farlo è lecito (4).

« fonds d'un commerce qui consistera dans leur « débit, ou que enfin les associés les ont inventa« riées et éstimées, *ils ont fait suffisement connaître « qu'ils entendaient la société pour vendre ce qui cha« cun avait apporté sous ces conditions; et par con« séquent, elle en court les risques* ».

(1) « Si pecuniam contulissemus ad mercem emen« dam et mea pecunia periisset, cui perierit ea? Et « ait (Celsus) si post collationem evenit ut pecunia « perierit, quod non fieret nisi societas coita esset, « utrique perire (anche alla società) puta si pecunia « cum peregre porteretur ad mercem emendam, pe« riit. Si vero ante collationem postea quam eam « destinasses perierit, nihil eo nomine consequeris, « inquit, quia non societati perierit » (L. 59 Dig. pro socio).

(2) « Ici l'article 1851 s'écarte des errements de « l'article 581; qui en matière d'usufruit veut que « les choses *qui se détériorent par l'usage* soient au « risque du propriétaire » (num. 581).

(3) Non siamo quindi nel caso dell'articolo 484.

(4) Non posso io qui stabilire ciò che vi ha d'immutabile e di pertinente all'ordine pubblico nell'articolo 1713. Mi avanzerei di troppo nel commento del Codice civile: lasciamolo ad altri.

Digitized by Google

E riassumendo:

a) O i capitali, qualunque siano, sono stati conferiti in proprietà, succede una vera alienazione; si vendono, si negoziano a conto comune, si confondono cogli altri beni: allo scioglimento della società, si dividono in valore.

b) O i capitali sono ceduti a godimento ed uso; se corpi certi e determinati, fatto l'uffizio, ritornano al proprietario, anche se *deteriorati per effetto dell'uso*, come in materia di usufrutto (articolo 484).

c) Le cose fungibili, le cose che non si conservano senza deteriorarsi (1), possono cedersi esse pure a proprietà o in godimento. In ogni caso il socio immittente perde *la proprietà reale;* ma, nel caso secondo, conserva un'azione di credito che negli effetti rappresenta la proprietà medesima, mediante prelevazione del valore dalla massa dei beni sociali.

—

489. Abbiamo accennato alla divisione *in valore* che avviene fra soci allo sciogliersi della società. Ma a qual tempo riferiamo noi il valore delle cose arrecate in società, e che appunto in valore denno restituirsi? Al tempo del contratto e della consegna; o piuttosto a quello dello scioglimento della società, ossia della restituzione e del pagamento?

In soggetto di usufrutto, il valore delle cose fungibili da restituirsi è calcolato al prezzo corrente di esse *al tempo della cessazione dell'usufrutto* (articolo 483 del Codice civ.) (2).

Nel mutuo, se non si restituiscono le cose in quantità e qualità ma in valore: *il tempo della restituzione*, o *della costituzione in mora*, ossia quello del pagamento, si considera per determinare il valore (art. 1828 detto) (3).

Le quali determinazioni legislative io ho per razionali e vere. Le cose che non si possono restituire nella specie sono rappresentate dal valore, che non è altro che il prezzo corrente al tempo della restituzione. Il valore non potrebbe riportarsi all'epoca del contratto, ossia della *datio rei, se non qualora si ritenesse illegittimo il possesso e l'uso dell'usufruttuario o dell'usuario.* Allora solo il dante potrebbe dire con ragione: a quel tempo i miei 80 barili d'olio valevano trecento; dopo dieci anni l'olio è scaduto di prezzo, vinto dal petrolio o da altri surrogati congeneri, e voi non mi pagate che 150 quello che valeva allora 300: somma che io avrei potuto imborsare vendendo il genere in quel tempo. E se taluno avesse involato gli ottanta barili, o in qualsivoglia modo alienati senza il consenso del proprietario e di mala fede, si dovrebbe senza dubbio restituire il valor maggiore, che sarebbe quello del giorno nel quale la cosa fu tolta. Ma quando si è posseduta e alienata la cosa altrui *con legittima ragione*, venendo il tempo del restituire, si deve pagare il prezzo corrente, minore o maggiore che sia di quello che la cosa valesse al tempo del contratto; e ciò perchè la cosa debbo restituirla oggi, e per essa il suo valore *attuale:* ed essa vale quanto *oggi stesso* potreste venderla — *tantum valet quantum vendi potest.*

Ma TROPLONG (dal quale io continuo, mio malgrado, a dissentire), ammettendo questa conclusione quando si tratta di cose fungibili, la rigetta ove la restituzione, che far deve la società, riguardi *o le cose recate in società per essere vendute*, o quelle che *si deteriorano conservandole* (*Des sociétés*, n° 590).

Noi non vogliamo, io ritengo, *condere jus* e ragionare fuor della legge. L'articolo 1715, e del pari l'articolo 1851 del Codice civile francese, riuniscono nello stesso concetto di diritto quelle tre forme, nè so comprendere come siano per derivare rapporti giuridici differenti

(1) Certi lavori fatti con materie che ogni giorno si vanno squagliando o perdendo forma e sostanza.

(2) *Utilitatis causa* il Senato dichiarò potersi costituire un *quasi-usufrutto* sulle cose fungibili, *praevia cautione*, con restituzione in danaro nella quantità stimata a quel tempo (*Instit. de usufr.*, § 2).

(3) Nel mutuo che non sia di danaro, si ha in mira la *cosa*, non il *valore*. Nel mutuo di danaro si è forse avuto in contemplazione la specie monetaria; si diedero colonnati di Spagna, e si devono restituire colonnati di Spagna. Se io posso restituirli nella specie, qualunque alterazione sia avvenuta nella bontà intrinseca o estrinseca della moneta, ciò non mi riguarda. Ma se io non posso eseguire il pagamento che nel genere, si dovrà ragguagliare il valore a quello che costa l'acquisto della moneta se esiste. A tale conclusione si potrà ridurre la dottrina di BARTOLO che distingue fra il cangiamento di materia o di valore intrinseco, e quello della *æstimatio extrinseca*, e vuole che nel primo caso la restituzione debba farsi con moneta di uguale bontà di quella pagata nella costituzione del mutuo (ad L. vinum, e ad Leg. *Paulus* Dig. de solut.) *quia pecunia est in contractu et obligatione.* Il CURTIUS esponendo dalla cattedra la Leg. cum quid Dig. si certi petatur, insegnava: « In omni contractu, sive locationis, sive mutui, « sive alterius, *attendimus tempus contractus*, etiam « quantum ad bonitatem extrinsecam ». Sanno gli eruditi con quanto acume e varietà di opinioni si trattassero da cento polemisti simili questioni, che i moderni Codici hanno portate alla più grande semplicità.

by Google

ed alieni. Non so comprendere come per le *cose fungibili* il valore si computi al prezzo corrente; e per le altre abbia a considerarsi in ordine al tempo della immissione. La inesattezza della dottrina vi risulti da ciò, che le cose *destinate alla vendita* ben potrebbero esser cose fungibili e la destinazione alla vendita non potrebbe per certo cangiarne la natura. Qui almeno doveva farsi una distinzione.

Ma in realtà milita nelle tre ipotesi la stessa ragione.

Il socio che conferisce in società un magazzino di mobili, venti buoi, o dieci moggia di gran turco *perchè si vendano per conto e interesse della società;* non fa un mandato a suo proprio conto, e non è a suo proprio conto che la vendita avrà luogo. Egli adunque non ha in vista il prezzo che le cose valgono al tempo della immissione e consegna, perchè invece intende che siano vendute nell'interesse della società e quando essa lo stimi opportuno (salvo la proprietà); non aspira al prezzo della vendita, perchè il prezzo deve versarsi nella cassa sociale. Le cose fungibili, si dice, « peuvent « être remplacées par d'autres d'égale quan« tité, qualité et valeur, et l'associé est crean« cier de cette quantité, si mieux n'aime l'esti« mation. Mais dans le cas de choses destinées « à un commerce et écoulées par la vente, « l'associé n'a evidemment pas droit a ces « choses mêmes; il n'a droit qu'à leur va« leur ». Niuno lo contrasta: ma *a qual valore?* A quello che si troveranno aver le cose nel momento della restituzione, cioè allo sciogliersi della società.

Lo stesso deve dirsi per le cose che *si deteriorano naturalmente;* ma sotto una salutare distinzione. Se non furono tosto vendute, ma dimenticate, perirono in tutto o in parte; in altre parole, *se vi fu colpa dell'amministrazione*, il socio avrebbe diritto di non contentarsi dell'esiguo prezzo che si è ricavato, per essersi lasciato corromper la cosa: ma il dolo o la colpa è fuori del nostro argomento.

—

490. *Schiarimenti al capoverso dell'art.* 135. Al vocabolo *obbligazione*, dice il prof. Boccardo nell'erudito suo *Dizionario di economia politica e di commercio:* « Si dà per antonomasia questo nome al titolo di credito col « quale il governo o una compagnia riconosce « un suo debito verso del portatore, il quale, « di esso titolo munito, esige ai prescritti ter« mini gl'interessi del suo capitale ».

Emettere *titoli al portatore* prima che fosse versato l'intero capitale sociale, e l'emetterne al di là del suo valsente, erano inconvenienti gravissimi, ad impedire i quali la legge non aveva ancora pronunziata la sua parola. Oltre ragioni non meno rilevanti e generali, la specialissima ragione si è, che cominciandosi il giro vertiginoso dei titoli al portatore, non vi dev'esser più questione sul pagamento iniziale dell'azione. Il cessionario del titolo nominativo, se questo non è pagato, è tenuto al soddisfacimento del debito insieme al cedente, che non rimane punto disobbligato, come diremo a suo luogo. Quando il titolo nominativo è trasformato in un effetto di commercio, girabile, al portatore, ogni eccezione dedotta dalla obbligazione del cedente sarìa pressochè impossibile, per la difficoltà di conoscerne le provenienze e i passaggi, e la eccezione stessa non sarebbe coerente alla privilegiata natura del titolo. A poter effettuare tali emissioni è quindi necessario che i versamenti delle azioni siano compiuti. A tutto questo il pubblico ha un vero e diretto interesse; onde coll'energia delle proprie emissioni, che sono totalmente a vantaggio degli azionisti, la società non indebolisca la sua forza reale (1).

Articolo 136.

I promotori, tosto adempite le prescrizioni sopra accennate, devono convocare gli azionisti in assemblea generale, la quale

1° Riconosce ed approva il versamento delle quote sociali ed il valore delle cose mobili od immobili conferite, se è stato determinato; altrimenti nomina uno o più periti per accertarlo a giusto prezzo;

2° Discute ed approva lo statuto sociale, se non è stato accettato al tempo delle sottoscrizioni;

3° Nomina nelle società anonime gli amministratori, se non sono stati designati nell'atto a cui furono apposte le sottoscrizioni.

(1) V. i nostri num. 520 e 521.

Digitized by Google

Articolo 137.

Se alcuno degli azionisti dichiara nella detta assemblea generale di non essere abbastanza informato, può chiedere che l'adunanza sia rinviata a tre giorni: se la proposta è appoggiata da azionisti sottoscrittori di un quarto del capitale rappresentato nell'adunanza, il rinvio ha luogo di diritto. Richiedendosi un termine più lungo, decide la maggioranza degli intervenuti.

491. *Accettato in prevenzione lo statuto sociale da ogni segnatario di azioni, potrà riformarsi in assemblea generale?*

Deliberandosi lo statuto nell'assemblea generale, è necessario il voto unanime degli azionisti?

492. *È pur necessario il voto unanime per nominare un amministratore?*

---

491. Persone che assumono la iniziativa ce ne sono sempre. Lo statuto sociale suole redigersi prima dagli stessi promotori, e presentarsi ai soscrittori delle azioni che nello stesso tempo lo accettano. Altre volte le azioni sono sottoscritte con riserva espressa od implicita di formare lo statuto in assemblea generale.

Qui due ricerche possono istituirsi. 1° Se lo statuto sociale è stato accettato da ogni soscrittore d'azione, potrà riformarsi in assemblea generale? Se lo statuto invece deve deliberarsi nell'assemblea generale, sarà necessario il concorso unanime dei soci, o la maggioranza potrà decidere?

Perchè non potrebbe riformarsi coll'accordo di tutti i soci il programma da ciascuno di essi precedentemente sottoscritto?

Il motivo di dubitare è in quelle parole della legge: « L'assemblea generale *discute ed approva lo statuto sociale, se non è stato accettato al tempo delle sottoscrizioni* ». Dunque se fu accettato, non se ne discute neppure e non occorre approvazione; ciò che è stato stabilito è immutabile, sottratto ad ogni discussione, e ad ogni riforma sostanziale (1).

Io non potrei convenire in tale interpretazione. A chi mai spetterebbe la eccezione della irregolarità e illegittimità di una riforma? Ai terzi? Si dirà forse che lo statuto sociale deve essere irremovibile, che i soci medesimi non hanno potere di riformarlo, perchè i terzi hanno interesse che sia conservato nelle sue originali condizioni? Ciò può essere, a società già istituita (2); ma in questo momento dove sono i terzi interessati alla conservazione dello statuto? La società non si è ancora costituita, molto meno si è manifestata al pubblico; non si è assunta veruna obbligazione verso il pubblico: la società potrebbe morire sul nascere se tutti sono d'accordo di ritirarsi e di abbandonarne la idea.

E se tutti gl'interessati si unirono invece nel pensiero di riforma, e l'eseguirono variando le condizioni dello statuto già da essi accettato, sarà lecito a taluno di essi impugnare il fatto proprio, per tornare al progetto con voto unanime revocato? La legge non può essere intesa in sì assurdo modo. Non vi ha discussione, nè sarà necessaria approvazione esplicita dell'assemblea, se i soci persistono nell'accettazione del programma; ma se alla prima adunanza convengono di variarlo, ciò è in loro potere.

In generale tutto quello che i soci deliberano a voti unanimi nella prima adunanza (3), in ordine ai patti della loro associazione è legittimo, versando essi nella pienezza della loro libertà.

Ma noi supponiamo discordanza di pareri, che in più modi si appalesa.

Il programma fu presentato agli azionisti; alcuni accettarono e altri fecero delle riserve. Ovvero si tratta di stabilire le basi dello statuto nell'adunanza, non essendosi firmate che le cartelle delle azioni, il che prova un'adesione generica alla società, l'accettazione della somma di concorso e il debito di soddisfarla, ma colla condizione sottintesa dello statuto da

---

(1) Poichè quanto a sviluppi, ad aggiunte, a schiarimenti, nessuno farebbe contrasto.

(2) V. il commento all'articolo 142, ove si tratta questo grave argomento.

(3) Riteniamo bene questo stato, poichè in seguito il potere deliberativo dei soci è modificato da altre regole.

formarsi. Adunatisi gl'interessati, avviene che i pareri sono divisi, e bisogna ricorrere ai suffragi, che sono pure divisi. La maggioranza dei suffragi è forse decisiva?

Bisogna rispondere negativamente.

In qualche altro luogo si è fatto conoscere come il potere decisorio della maggioranza nelle assemblee sociali dipenda dall'oggetto della deliberazione, in quanto riguardi l'ente collettivo o l'interesse individuale dei soci (*V.* ni 472 e 478). Qui però siamo condotti da altri criteri.

Ci conviene anche una volta parlare dei poteri della maggioranza, e forse non sarà l'ultima. La maggioranza esprime una volontà legale, ma una volontà fittizia. È uno di quei diritti *propter utilitatem* che conviene attribuire ai corpi deliberanti, perchè la loro funzione sia possibile. Per darvi una base eziandio più solida, può trovarsene la radice e la causa prima nel consenso, in quanto ai soci (1), che nel costituirsi socialmente hanno dovuto attribuire questo potere alle loro assemblee generali. Ma ponete mente: che lo statuto sociale deve preesistere come fondamento di tutta l'associazione; e badate ancora che l'assemblea primitiva è costituente; nè funziona ancora come una magistratura che abbia facoltà d'imporre le sue decisioni alla minoranza.

Chi crea la società è il consenso unanime o concorde dei soci; la espressione formale del consenso è lo statuto, la convenzione nella quale si stringono e si congiungono insieme. L'assemblea di fatto precede quella di diritto, che è una derivazione dello statuto sociale; e questo fermato, l'assemblea degli azionisti si erige come una magistratura necessaria, che ha dei poteri legittimi; allora vi è deliberazione di corpo; nella prima adunanza invece, quando si tratta di posare lo statuto fondamentale, non vi ha che deliberazione d'individui. Ma se vi ha dissenso di taluno degl'individui, forse la società, non ancora costituita, si scioglie?

Allora diremo: o l'assemblea adotta quelle stesse condizioni che l'azionista aveva accettate, egli sarà legato dalla propria accettazione; o ne adotta delle diverse; ovvero programma non era stato firmato, l'individuo dissenziente si ritira e rimane sciolto d'impegno.

La società potrà anche ravvisare in questo ritirarsi di un azionista, forse di gran conto, un ostacolo alla sua costituzione; siamo allora allo stato di progetto non attuato.

492. Le medesime conclusioni bisogna ritenere rapporto alla nomina degli amministratori. È difficile che i singoli soscrittori delle azioni abbiano designata concordemente la persona del futuro amministratore. Ma anche in questo caso l'assemblea può fare un'altra nomina. Così il n° 3 dell'articolo 136 s'intende nel senso della tacita conferma che ne facessero i soci. Come mai quella nomina si avrebbe per definitiva? Gli azionisti possono essere stati dominati da una illusione: un promotore zelante ha messo avanti un nome che gli stava bene, come si fa da certi comitati elettorali; ma poi nell'adunanza si sono sollevate delle critiche, e si è trovato conveniente nominare altra persona. Ciò è legittimo.

Ma forse la elezione dell'amministratore non potrà aver luogo che ad unanimità di suffragi?

È un'altra questione che si risolve coi principii che abbiamo stabiliti. Qui concorrono amendue i requisiti pei quali riteniamo la facoltà della maggioranza; e sono, l'oggetto collettivo e la precedenza dello statuto. Se un amministratore non potesse nominarsi che a voti unanimi, si può francamente asserire che non se ne verrebbe mai a capo; tanti e sì vari sono gli umori in fatto di stima personale. La nomina dell'amministratore che necessariamente sussegue la formazione dello statuto, può dunque deliberarsi alla maggioranza (2).

Articolo 138.

Gli amministratori designati nello statuto sociale, o eletti nelle assemblee generali, durano in uffizio due anni. Ogni anno si deve procedere all'elezione di una metà dei membri del Consiglio di amministrazione, i quali sono sempre rieligibili: nel primo anno si procede al sorteggio della metà che deve essere surrogata.

(1) Noi ci restringiamo sempre nel nostro tema; poichè chi volesse svolgere i principii che informano questa ordinaria facoltà dei corpi deliberanti, in tutta la sua estensione, avrebbe molto a discorrere. Manca un trattato completo su questa materia.

(2) Quella dell'articolo 157 è una disposizione speciale. L'assemblea non avrebbe ancora facoltà di giudicare alla maggioranza, se la legge non l'avesse dichiarato. Trattasi di un semplice rinvio.

Digitized by Google

Non possono essere amministratori della società il banchiere della medesima, il costruttore, l'appaltatore ed il subappaltatore di materiali per conto di essa.

Gli amministratori non possono cedere nè delegare ad altri l'amministrazione senza il consenso della società. Possono però nominare delegati e costituire procuratori per affari speciali.

493. a) *Durata dell'amministrazione.*
b) *Del Consiglio d'amministrazione.*
c) *Di quelli che non posson essere amministratori.*
d) *Nè per conseguenza far parte del Consiglio d'amministrazione.*
e) *Del coamministratore e del mandatario.*

---

493. *a*) Il biennio decorre dal giorno nel quale l'amministratore entra in funzione. Per quello nominato nello statuto sociale, ovvero dalla prima assemblea, il biennio non decorre che dalla pubblicazione (art. 158 e seg.).

b) Si suppone un Consiglio d'amministrazione, del quale non si era ancora parlato. Esso ha tutta la responsabilità dell'amministratore agente, salvi i fatti personali (*V.* il commento all'articolo seguente). La legge occupandosi di questa magistratura sociale e del suo organismo, la fa conoscere necessaria. È una rilevante guarentigia, della quale non si deve frodare il pubblico, futuro contraente, che è sempre la obbiettiva delle disposizioni che veniamo percorrendo. La costituzione sociale che ne mancasse, non sarebbe nulla; ma ogni terzo interessato, e anche gli stessi azionisti, sarebbero fondati per chiedere la nomina di un Consiglio d'amministrazione (1).

c) *Il banchiere della società*, ecc. non può essere amministratore. È logico l'argomento dedotto *a contrario*, che cioè ogni altro socio che non sia *banchiere*, ecc. può esser nominato amministratore? È logico; perchè nel dubbio si propende per la libertà.

Quanto alle persone dei soci, benchè l'epigrafe accenni che queste disposizioni sono *comuni alla società in accomandita per azioni e alle società anonime*, conviene aver in mente quelle distinzioni che l'epigrafe non può cancellare.

Nell'accomandita l'azionista non può esser amministratore nel lato senso della parola (art. 128). Le ragioni sono note. Può esserlo nella società anonima; salve le limitazioni del nostro articolo.

d) Il Consiglio è amministratore. Per conseguenza la esclusione si estende ai membri del Consiglio. La incompatibilità è evidente. I banchieri (cassieri, impiegati del banco o della cassa) sono organi dipendenti dall'amministrazione; ricevono ed eseguiscono gli ordini: non potrebbero darne a se stessi. *Gli appaltatori*, ecc. hanno un interesse opposto a quello della società.

e) Altro è la facoltà di amministratore ed altro quella di trattare un negozio speciale. La prima non si può delegare neppure in parte. La delegazione anche parziale del totale amministrativo, importa una facoltà, per quella parte, illimitata. È ciò che la legge non permette senza il consenso della società (rappresentata dall'assemblea generale). Chi delega un negozio speciale, prescrive dei limiti. L'agente subalterno non è un coamministratore, come sarebbe nel primo caso, ma semplicemente un mandatario.

Articolo 139.

Gli amministratori sono personalmente risponsabili verso i terzi e verso gli azionisti:

1° Della verità del capitale sottoscritto, e della verità dei versamenti fatti dagli azionisti;

2° Della reale esistenza dei dividendi pagati;

---

(1) Così ritenne anche il Tribunale di prima istanza di Firenze nel 1863 (Cavagni, *Giurisprudenza*, 1863, tom. II, pag. 149).

Digitized by Google

3° Dell'esattezza dei libri di commercio;

4° E generalmente dell'esecuzione delle formalità stabilite dalla legge per la esistenza della società.

494. *Della duplice funzione che esercitano gli amministratori delle società anonime. Ragione dell'articolo* 139.

495. *Estensione di questa disposizione penale a tutti i membri dell'amministrazione. Le loro obbligazioni, esistendo, sono solidali; ma la personale imputabilità può per ispeciali circostanze di fatto essere esclusa.*

496. *Della materia obbiettiva, quale uno dei criteri della responsabilità degli amministratori.*

497. *Della emenda del danno, termine della responsabilità. Difficoltà pratiche per accertarlo.*

498. *Se e in quale stato di cose i soci possan assolvere gli amministratori dalla responsabilità incontrata anche verso i terzi.*

---

494. Noi vediamo chiaramente che questo articolo è fatto per le società anonime. Combinato coll'articolo 130, dichiara quale sia la natura della responsabilità che incombe agli amministratori di quelle società. Inutile o soverchio sarebbe per le società in accomandita per azioni, rette da soci responsabili. Ma quando fu stabilita la irresponsabilità personale degli amministratori delle società anonime, da quella in fuori che avrebbero nella loro qualità di mandatari, se la legge voleva caricarli di responsabilità tutt'altro che inerenti alla predetta qualità, doveva esprimerlo. Così ha fatto.

Essi dunque esercitano un doppio ordine di funzioni: l'una rappresentativa; l'altra loro propria, che tengono dalla legge, Il mandato della società è tacito od espresso. Tacito è quello che ricevono col loro titolo; basta essere amministratore per sapere quale sia il naturale ufficio che è annesso ad una tal nomina. Talvolta sono a loro demandate incombenze speciali; incombenze che oltrepassano quelle del mandatario ordinario: allora il mandato delle società è espresso (1). Ma l'articolo 139 loro impone obbligazioni ch'essi non avrebbero quali mandatari perchè non ne avrebbero le funzioni, o almeno non è chiaro che tali funzioni pertenessero al loro ufficio. Agli amministratori è pertanto affidata la custodia di ben gravi interessi; senza che per ciò la società sia privata dell'azione e del diritto che le compete e che può esercitare per mezzo delle assemblee generali, coll'organo di uffici censorii appositamente eletti, o in altra guisa, nulla essendole interdetto di ciò che conferisce al bene suo proprio e dei suoi creditori. Ma le assemblee, specialmente se numerose, sono pigre di loro natura; si convocano a stento; ciarlano molto e poco fanno; è mestieri appuntare la responsabilità su qualche capo, individualizzarla, mi spiegherò così: allargando quelle che si direbbero le attribuzioni del potere esecutivo.

Il nostro legislatore non può e non vuole vantarsi di una creazione. Il suo concetto era fortificato dalla esperienza e dall'esempio di altre legislazioni (2). Ma ha fatto ad un tempo tre cose utili: 1° ha consacrato colla suprema sua autorità ciò che la dottrina e la giurisprudenza aveva presagito; 2° ha meglio personificata la responsabilità (3); 3° ha specificato i doveri dalla inosservanza dei quali emana la responsabilità.

Il canone fondamentale delle società per azioni, espresso nel seguente articolo 140, ha fatto cercare delle guarentigie personali. Il legislatore è sotto la impressione dei fraudolenti artifizi che si sono praticati nelle società anonime. Ha dubitato, e con ragione (4), della sufficienza della sanzione governativa. I primi numeri dell'articolo 139 ci svelano dei pericoli reali, a scongiurare i quali la forza e l'avvedutezza dei ministri governativi non basta sempre. Il n° 4 è un nuovo incarico dell'amministratore. Niuno aveva pensato d'imporgli quello dell'ordinamento esteriore e delle *formalità stabilite per l'esistenza della società.* Si sarebbe detto che non essendo ancora costituita la società, l'amministratore destinato a

---

(1) V. anche i nostri numeri 477, 478.

(2) V. l'Appendice in fine di questo *Commentario*, sulle Società.

(3) Essendochè sotto il nome di amministratori ha compreso tutti i funzionari dell'amministrazione, il Consiglio che da esso s'intitola, quello detto di sorveglianza, se vi ha; e l'amministratore gerente.

(4) V. il commento all'articolo 156.

Digitized by Google

rappresentarla non era ancora investito di funzioni effettive. L'*esattezza dei libri*, che è il soggetto del n° 3, era uno dei doveri intrinsecati nell'ufficio di amministratore.

495. Entriamo più addentro nell'esame di queste gravissime responsabilità personali.

Ho detto che nel nome di amministratori si contengono tutti coloro che hanno parte e ingerenza nell'amministrazione; e così il Consiglio di amministrazione, di sorveglianza e di censura, esistendo; se non che quando si venisse sul terreno della realtà a giudicare delle colpe, a comprenderne le conseguenze, ciò che appare semplice, diverrebbe assai grave e pieno di conflitti.

Vi è solidarietà fra i membri dell'amministrazione? Ecco un primo quesito intorno al quale la legge non si è spiegata.

Abbiamo la regola generale: « Se il delitto « o quasi-delitto è imputabile a più persone, « queste sono tenute in solido al risarcimento « del danno » (articolo 1156 del Codice civile). Egli è vero che noi siamo sul campo della responsabilità civile, e non della penale; che colpa vi ha tanto nell'azione diretta, quanto nel concorso indiretto o negativo; contuttociò dalla forma della legge commerciale sorgerà il dubbio. Si dirà che le obbligazioni che qui si veggono indossate agli amministratori non hanno riscontro in altri Codici, e sono speciali alla legislazione di commercio; che non può ragionarsi per analogia; che un'altra regola deriva dalla legge civile, ed è, che l'obbligazione in solido non si presume (articolo 1188); che quantunque il principio si modifichi nel Codice di commercio, l'articolo 90 non parla che delle convenzioni per l'interesse del commercio; e non si occupa di fatti penali ove la interpretazione è sempre ristrettiva.

Io però sono d'avviso che gli amministratori non possano sfuggire, in tema generale, alla solidarietà per quanto siano le obbligazioni ad essi imposte dall'articolo 139. Stimo applicabile il principio dell'articolo 1156 del Codice civile. Gli amministratori hanno unità di azione alla quale logicamente corrisponde quella della obbligazione. L'intendimento dei soci nel nominarli, l'interesse loro e quello dei terzi, la forza della guarentigia costituita dalla legge, tutto dimostra che la responsabilità degli amministratori, qualunque sia la funzione che esercitano nell'amministrazione (1), è solidale. Se dalla civile alla commerciale vi è da far argomento, esso conclude al rigore; e quello stesso interesse del commercio che stringe i contraenti e fa supporre nel silenzio la solidarietà, lo richiede a maggior ragione in ordine a fatti colpevoli.

Non si nega che trattandosi di fatti personali, non sia possibile, secondo la varietà delle circostanze, la buona fede in taluno e la mala fede negli altri: e per buona fede intendiamo l'opinione coscienziosa che si ha che ogni altro il quale divide con noi lo stesso ufficio, adempia onoratamente al debito suo, ma dopo avere dal canto proprio adoperato al migliore effetto. Buona fede non inerte e passiva, questa è la buona fede che può salvare chi ha dei doveri d'ufficio. Se il Consiglio di amministrazione ha dati degli ordini al direttore o gerente, che questi non ha osservati, non sarebbe giusto confonder il primo colla responsabilità del secondo. Non si può forzare la verità delle cose; il gerente effettivo ha il campo dell'azione, e come il generale che nell'atto pratico, nelle mosse dell'esercito ch'egli solo dirige, non attende agli ordini del Consiglio di guerra, si carica di responsabilità affatto personale. Il gerente solo, in questo caso, sarebbe responsabile (2). All'ombra dei principii testè enunciati non potranno i terzi obbiettare i grandi interessi del commercio. La limitazione è tratta dall'ordine subbiettivo, ed è un principio almeno rispettabile quanto l'altro, che non deve soggiacere a pena chi è provato immune da colpa.

Può pensarsi anche un altro caso. Il gerente ha fatto di suo moto, e per suo arbitrio, una operazione che eccede le sue facoltà: per esempio ha contratto un mutuo di grave somma. Atti di questa natura che il Consiglio non poteva impedire, contro ragione sarebbero ad esso imputati.

Ma bisogna fare una distinzione. Se il di-

(1) La legislazione commerciale, col tempo e colla migliore intelligenza del suo scopo, si è fatta sempre più severa in questa materia che tiene alla guarentigia delle società per azioni. La Legge (francese) del 17 luglio 1856, sotto questo rapporto si mostrava meno rigorosa di quella instaurata nel 1867, che riportiamo in Appendice. Il Consiglio detto d'amministrazione, o quello detto di censura, non aveva obbligazioni così estese come quello di sorveglianza. Almeno così fu ritenuto dalla Corte di Colmar nel 3 luglio 1867 (DALLOZ, *Recueil*, anno 1867, tom. II, pag. 235). La costui responsabilità si disse determinata dalla legge del mandato: benchè fra le colpe gravi si annoverasse quella di non essersi occupato dell'esame dei libri di commercio.

(2) Così ha ritenuto la Corte di Douai (5 dicembre 1866, DALLOZ, *Recueil*, tom. II, pag. 238).

rettore, il gerente, è stato nominato dall'assemblea, il Consiglio non risponde in questo caso del fatto che, per quanto era da lui, ha cercato d'impedire. Sarebbe altrimenti se quell'agente fosse stato nominato dallo stesso Consiglio. Se il Consiglio non fu autorizzato dallo statuto o dall'assemblea, la conclusione è della maggior evidenza. E se fu autorizzato? La conclusione è ugualmente vera. Egli ha fatto una scelta cattiva: deve risponderne, come ognuno risponde della persona da sè proposta (1).

496. Per quanto siano gravi i fatti colpiti dalla disposizione dell'articolo 139, il giudizio che ne daranno i tribunali sarà regolato dai criteri che governano l'azione del danno proveniente dal delitto o quasi-delitto, specializzata, quanto all'oggetto, nell'articolo che esaminiamo. I criteri sono: 1° la imputabilità; 2° la materia obbiettiva; 3° la effettività del danno.

Della imputabilità abbiamo discorso. Diciamo qualche cosa del secondo per via di esempi. Gli amministratori sono contabili della *verità del capitale sottoscritto*, della *verità dei versamenti*, ecc. E sempre della *verità*, materiale però, non opinativa, non giuridica; sarebbe voler troppo. *Capitale sottoscritto*, espressione alquanto elastica, può comprendersi in due modi. Quello che diremo capitale di fondo, che è il complesso delle contribuzioni sociali, o degli *apporti* o *messe*: stile francese. E quello che si compone e risulta dal concorso delle azioni e sottoscrizioni relative, che hanno fede e si appoggiano sul capitale di fondo e sulle garanzie che presenta, talvolta per parte stessa del governo che s'interessa di certe grandi costruzioni (2). Ebbene; gli amministratori non rispondono, io dico, che della *verità materiale*. Spetta, verbigrazia, all'assemblea generale riconoscere *il valore delle cose mobili o immobili conferite, o farne verificare il valore;* ciò che concerne il valore, l'estimativa dei capitali di fondo, sfugge alla responsabilità degli amministratori; ma della loro esistenza devono render conto. Essi prendono cognizione dell'inventario, e occorrendo, lo formano. Quelle cento rubbia di grano che si dissero importate, devono esserci. Ma se nascono dubbi di diritto; se un azionista sostiene di avere versata la sua quota per essere creditore della società e aver titolo a compensazione, non è di questo che si ricercano gli amministratori.

La legge dello statuto potrà dar norme per misurare la loro responsabilità. Un Consiglio di sorveglianza era stato imputato di aver permessa la distribuzione d'interessi a certi capitalisti, senza base di regolare inventario. La Corte d'Angers nell'11 gennaio 1867 assolve i membri del Consiglio pel motivo che gli *interessi* dovevano prestarsi per volontà dello statuto. Si osserva che tutt'altra conclusione dovrebbe tenersi laddove il Consiglio avesse autorizzato il gerente a un dividendo di utili non verificati (Dalloz, *Recueil* 1867, part. II, pag. 19). Non avventuro un elogio a questa decisione; forse secondo il nostro articolo 121 altro giudizio dovrebbe farsi; ma valgami a stabilire da quale sorgente gli amministratori possono dedurre le loro difese.

497. Quando vengasi al punto di liquidare le responsabilità così genericamente enunciate, *hic labor est*. Sulla estensione dei danni l'immaginazione si sgomenta. Vi ha un danno diretto, dimostrabile a cifre positive. I versamenti fittizi, approvati o non contrastati dagli amministratori, scienti dell'inganno, o non istrutti per biasimevole abbandono del loro ufficio; i dividendi distribuiti nella posizione irregolare del patrimonio sociale; tutti questi sono calcoli che si possono istituire senza difficoltà. In faccia ad altre violazioni avremo responsabilità con danni indiretti, impossibili ad accertarsi e non estimabili che moralmente entro confini segnati dalla coscienza del giudice. Vi ha di più nelle due ipotesi previste dai ni 3 e 4. Gli amministratori che non curarono la *esattezza dei libri di commercio*. Da tale stato d'irregolarità possono derivare danni parziali; se, ad esempio, non si è potuto provare qualche credito della società, o respingere qualche eccezione per lo difetto dei libri. Ma la mal condotta impresa ruinando nel fallimento, gli amministratori sentiranno il peso di più forte accusa; la bancarotta sarà la conseguenza di questo disordine (art. 701), e si griderà alla colpa degli amministratori. Io non voglio prevenire discussioni gravissime; ma solo noto di quale terribile contraccolpo sono feriti gli amministratori, sì in questo che nell'altro caso, di avere trascurate formalità

(1) Ciò direi se la operazione non fu successivamente approvata dalla società, o non si provi riuscita a suo reale vantaggio. Noi però a questo punto non siamo nei precisi termini dell'articolo 139; le colpe ivi previste non possono essere perdonate dalla società, per la ragione che vengo a dire.

(2) Come avvenne nella sgraziata impresa del canale Cavour.

necessarie alla costituzione sociale. Essi saranno dichiarati colpevoli di bancarotta (articoli 699, 701, n° 6): la generica minaccia dell'articolo 139 avrà questo risultato.

Poi verrà la colluvie dei danni, mentre il loro concetto specifico si avvolge nella nebbia di elementi inqualificabili che sfuggono ad ogni calcolo. Forse che dal fatto negativo degli amministratori deve ripetersi la disgrazia della società; forse che gli amministratori devono portar la croce del debito universale e, per così dire, i peccati di tutti? È ciò che non può ammettersi, perchè è molto probabile che la società sarebbe caduta in fallimento colla miglior tenuta dei suoi libri: se non che da tale condizione del fallimento potranno elevarsi ostacoli ai concordati, alle composizioni: danni da considerarsi *diretti*, e nondimeno non suscettibili che di una estimazione morale.

498. Un'ultima avvertenza. La responsabilità degli amministratori non è solo verso gli azionisti, ma altresì verso i *terzi*. Io credo che sarà differente il modo di esercizio di codesti diritti. Gli azionisti li faranno valere pendente la società: gli amministratori, destituiti, saranno chiamati a render conto delle loro operazioni. I terzi, finchè la società si svolge regolarmente e fa onore alle proprie obbligazioni, non si occuperanno di siffatti disordini interni, forse ignorati (1); al fallimento alzeranno le grida. Comune ad ogni modo essendo l'azione e dei soci e dei terzi, i soci non hanno facoltà di assolvere gli amministratori, eccettochè non ottengano reale ed effettiva soddisfazione, e la società non ne rimanga in danno.

Per conseguenza, se verificata la insufficienza dei versamenti o la illegittimità dei dividendi eseguiti, quelli si effettuino e questi si restituiscano; e i libri siano regolarizzati, e le formalità incomplete portate al loro termine, meglio che dalla compiacenza dei soci, gli amministratori saranno assolti dal fatto.

Articolo 140.

Gli azionisti sono soggetti soltanto alla perdita del montare delle loro azioni.

499. *Definizione di* RÉNAUD.

499. Stimo inutile soffermarmi su questo principio elementare delle società anonime, ma reciterò anch'io la stimata definizione che della società per azioni ha dato il RÉNAUD (traduzione del PICCONI). « È un'associazione « la quale è stabilita con un capitale frazio- « nato in un determinato numero di parti « (azioni), per modo che ogni membro dell'as- « sociazione partecipa di esso coll'assumere « frazioni del capitale, nella misura in cui as- « sume tale partecipazione o colla promessa « o collo sborso, mentre l'associazione vincola « nelle sue operazioni il patrimonio della so- « cietà solamente come tale, sotto il nome che « ha assunto e per il conseguimento del fine « che si è proposto ».

Articolo 141.

Non possono essere pagati dividendi agli azionisti, se non per utili realmente conseguiti.

Non è però vietato di pagare gli interessi, detraendoli dal capitale, in quelle società nelle quali è necessario uno spazio di tempo per costituire l'oggetto sociale, ma soltanto per questo spazio ed in una misura che non ecceda l'interesse legale commerciale.

Gli azionisti non sono obbligati a restituire gli interessi e i dividendi loro pagati.

500. *Analisi dell'articolo. Natura degl'interessi che permette a scapito del capitale; e non farsi luogo a restituzione in verun caso.*

(1) Non escludo in casi speciali l'esercizio dell'azione dei terzi durante la società. In questo tempo i creditori esercitano anche un'azione loro propria per costringere gli azionisti al versamento delle loro quote; come allo scioglimento della società hanno diritto d'indagarlo e di costringere i renitenti con istanze dirette contro il liquidatore (Corte di Poitiers, 30 gennaio 1867, DALLOZ, *Recueil*, 1867, t. II, pag. 143).

Digitized by Google

501. *Stato precedente della dottrina.*
502. *Si ritiene necessaria non una convenzione formale, ma una riserva di codesti interessi inserita nello statuto sociale.*
503. *Le prestazioni industriali possono esser premiate con azioni di capitale.*
Il dividendo è definitivo anche per le azioni industriali. Gl'interessi non sono dovuti che alle azioni paganti.

---

500. Ai nostri numeri 441, 442, 443, noi abbiamo trattata la materia dei dividendi in società di accomandita semplice. Ma l'art. 141 ha i suoi propri caratteri, e si diparte in guisa naturale da ciò che si era disposto nell'articolo 121. La diversa natura delle società reclamava particolari disposizioni.

Il concetto dell'insieme e delle differenze può esser il seguente. I dividendi hanno per base utili effettivi; utili, come dice la legge, *realmente conseguiti*. Gli interessi e gli utili stanno ancora sulla medesima linea nel rapporto della *restituzione:* il secondo capoverso lo dimostra, parificandoli a questo effetto. Le differenze più importanti sono: 1° che in una posizione determinata dalla legge possono pagarsi interessi con detrazione del capitale; 2° che il pagamento fatto per ragione di dividendi agli azionisti, è irretrattabile.

Mentre le società per azioni si circondano di rigori, e fanno dirci quasi una certa impressione di sgomento che si rivela in quel complesso di cautele delle quali il legislatore non sembra mai sazio; d'altra parte sono istituzioni che devono incoraggiarsi. Le imprese per accomandita semplice dalle proporzioni più riservate, dallo slancio meno energico, dall'oggetto meno imponente, sono anche nella loro composizione più semplici e spedite; il legislatore italiano ha sottilmente indagati cotali varietà; ha veduto di dovere allargar la mano sugl'*interessi* in società anonima. Ha considerato che gli azionisti devono sempre per legge versare in danaro il decimo delle azioni che sottoscrivono, e più ancora, secondo il convenuto: ma *l'oggetto sociale non sempre è costituito;* per costituirlo può volersi *un certo spazio di tempo.* Tengo la dizione adoperata dalla legge, che forse non è esatta, ma si lascia intendere. Un'impresa di strade ferrate quanti lavori preparatorii richiede, e già si appresenta un intervallo dalla sottoscrizione all'esercizio!

Ma importa conoscere se gli interessi siano dovuti, non essendo stipulati. È un diritto che nasce dalla equità più presto che dalla convenzione; perchè, o la convenzione lo estende oltre lo *spazio necessario*, offenderebbe nel divieto della legge; o non è che la ripetizione del favore accordato dalla legge, sarebbe inutile. È pur anche un diritto circostanziale, dipendendo da una certa notevole sospensione dell'esercizio commerciale per le opere che devono prepararlo; e si realizza *post factum*, quando cioè l'evento della sospensione siasi avverato. Nondimeno io credo che debba essere stato o stipulato o almeno riservato il diritto agli interessi di cui parliamo; l'assoluto silenzio, a mio avviso, vale rinuncia (1).

Un diritto riservato non è un diritto nascente dal contratto: due specie di interessi sono quindi possibili; l'uno diremo *legale*, e l'altro *convenzionale*; potendo il primo esistere senza una formale convenzione. Il corso dei quali interessi è *successivo*, non *simultaneo*. L'interesse convenzionale comincia dove finisce l'interesse legale, vale dire a società costituita ed esercente.

È una distinzione essenziale che mostra i suoi effetti anche nei modi di pagamento. Gli interessi convenzionali non si pagano se non colla materia degli *utili realmente conseguiti*. Gli interessi legali possono intaccare lo stesso capitale. Ciò è singolare e, a dir proprio, eccezionale: laonde la legge, memore del suo divieto ha dovuto esprimersi — *non è vietato* (2). Non perciò sarà in contraddizione quando dirà, che il capitale costituito non può diminuirsi volontariamente (V. all'articolo seguente). La sottrazione che avviene sul capitale sarà pubblicata (articolo 163) e fatta conoscere prima che l'impresa entri in esercizio. Non è propriamente un *dividendo* quello che si paga in conto d'interessi che continuo a chiamar legali; dividendi sono i partaggi che susseguono un esercizio fortunato, non quelli che si concedono, per debito d'equità, avanti l'esercizio medesimo.

---

(1) Al numero 503 tornerò sull'argomento.
(2) Queste parole persuadono che la riserva almeno del diritto deve trovarsi nello statuto sociale.

Digitized by Google

Non sarà mai questione di *restituzione* rapporto a questa ragione d'interessi. Essi hanno base e solida e definitiva in fatti verificati: cioè nella sospensione che ha avuto luogo e nel lucro cessato delle somme versate e rimaste oziose. Vero è però che in nessun caso i dividendi pagati saranno restituiti (2° capoverso). Tale reintegrazione, tale ritorno sul passato è possibile nell'accomandita semplice, nella quale si hanno sott'occhio e, per così dire, sotto la mano i capitalisti indebitamente pagati (1): in società per azioni, ove tutto gira rapidamente e le persone si nascondono sotto i titoli al portatore, codesti passi retrogradi non produrrebbero che inconvenienti. In ordine a società anonime la legge, per rifare i danni cagionati da inconsulte distribuzioni, si appoggia sulla responsabilità che incontrano gli amministratori e dirigenti ed agenti: ossia il corpo intero degli amministratori, come si è discorso specialmente ai n[i] 495 e 496 (2).

501. Diamo uno sguardo alla dottrina anteriore.

Il bisogno della integralità del capitale era sentito in modo imperioso. La irrevocabilità dei dividendi pendeva dallo stato vantaggioso dell'impresa: se gli utili non erano stati *realmente conseguiti* (lo diremo colla legge nostra), la restituzione era inevitabile.

La mobilità del personale dei soci non si credeva ostacolo all'esercizio di un diritto statuito in ispecial modo nell'interesse dei terzi. Sia pure, dicevasi, che s'ignori il portatore del titolo; ma non è già sconosciuto colui che ha percetto il dividendo irregolare, e si è firmato nel riparto. Insomma il firmatario del riparto è quello che volevasi perseguitare; al quale non si farebbe buona la eccezione di essersi spogliato dell'azione, di non essere più azionista (3). Basta ch'egli abbia percetto in siffatta qualità i dividendi per doverli restituire se furono indebiti (BÉDARRIDE, sopra).

Ma uno scrittore che ha percorsa trionfalmente tutta la legislazione civile, e in parte la commerciale, benchè di tempo anteriore, aveva presagita l'idea ora consacrata dal nostro Codice di commercio. È vero che nell'atto pratico era stata ricevuta (4); ma senza autorità di legge e contro l'antico, non mai revocato, parere del Consiglio di Stato (5). La forza delle cose vince ogni parere per quanto autorevole, e s'impone agli stessi legislatori. Un commerciante che ha sborsate somme rilevanti che giacciono inerti per necessità, in aspettazione che l'impresa possa mettersi in moto, perchè non dovrebbe percepire un interesse, sia pure moderato, de' suoi capitali? Niun capitale infruttifero: ecco la natura commerciale. Per compensare gli azionisti del ritardo si dovrà delibare del capitale: TROPLONG lo previde, ma senza sgomentarsi dell'obbietto. Voi non troverete capitalisti, egli diceva, che vogliano darvi il loro danaro senza un compenso per quei lunghi mesi che dovranno correre per la costruzione di una ferrovia di gran portata, de' suoi edifizi e del suo immenso apparecchio. Trova meschine e di corta vista le opposizioni che si fanno. Mi piace riferire le sue parole. « Comment ne « voit-on pas que dès l'instant que les statuts « ont permis des répartitions d'intérêt avant « que l'entreprise ne fût productive, c'est « comme s'il avait été convenu que le capital « nominal ne serait pas le capital effectif, et « que la mise consisterait non dans la somme « versée, mais dans ce qui en resterait après « les intérêts payés? Que parle-t-on de la sé« curité des créanciers qui ont traité avec l'as« sociation? C'est-ce qu'ils n'ont pas lu l'acte « de société? Est-ce qu'ils n'ont pas su que, « par une sorte de circuit ouvertement an« noncé, les associés bailleurs de fonds ont « mis une portion de l'apport en dehors de « l'actif social destiné à garantir les tiers? « Qu'on ne dise donc que les créanciers se« raient fondés à faire le rappel de ces sommes « indûment perçues! Nullement. Les associés « ont usé de leur droit; ils ont profité d'un « pacte qui était la loi commune. *Nemo da« mnum dat qui suo jure utitur* » (n° 192).

---

(1) A suo luogo abbiamo avvertito che, rimpetto all'obbligo della restituzione in accomandita semplice, gl'interessi non sono in miglior condizione che i dividendi utilitari; ciò che non è per la giurisprudenza francese (aggiungi Corte d'Angers, 18 gennaio 1865, *Journal du Palais*, t. II, pag. 857). V. DOMANGEAT sur BRAVARD, *Droit commercial*, t. I, pag. 36.

(2) È ben chiaro che si farebbe luogo a restituzione se i pagamenti furono indebiti per causa di ; o si dimostrasse per diritto nulla ed eccessiva la percezion degli utili: sul quale soggetto non posso ora fermarmi, ma farò qualche avvertenza in proposito discorrendo dell'*associazione in partecipazione*.

(3) BÉDARRIDE, *Des sociétés*, num. 301.

(4) Non però nella estensione portata dal nostro Codice, come vengo a dire più avanti.

(5) TROPLONG, *Des sociétés*, num. 194. Può vedersi VINCENS, *Des sociétés par actions*, pag. 40, *Législation commercial*, tom. I, pag. 532.

502. Ma l'autore pone a condizione assoluta la stipulazione; io ho stimato di render un avviso più conforme alla nostra legge, ammettendo la sufficienza d'una riserva (sopra, nº 501). Dico che dalla riserva non è lecito prescindere, perchè la radice del diritto dee rinvenirsi nello statuto sociale; perchè l'essersi in seguito accordato questo diritto avrebbe sembianza di arbitrio; più ancora: potrebbe ritenersi quale violazione dello statuto, che nella eloquenza, per così dire, del suo silenzio, respinge tutto ciò che in esso non si enuncia. In altri termini, sarebbe un'addizione allo statuto; e in faccia ai terzi, che non vi leggono cosa alcuna, una novità. La legge però non esige una stipulazione formale; basta a mio avviso mostrare che il diritto non è stato abbandonato. Il titolo è la legge. In esso riscontriamo norme inviolabili; la convenzione non potrebbe statuirne altre, se non per attenuare la portata del diritto.

503. Le azioni industriali e gli azionisti che le posseggono sono compresi nella disposizione dell'art. 141. L'attenzione si fissa su quella che chiamasi giustamente *creazione di azioni;* in quanto non sono emanazioni della proprietà materiale, ma dal volere dei soci sono destinate a coloro che prestarono o dovranno prestare opera fruttuosa alla società medesima. La loro partecipazione si restringe agli utili, come si disse altrove (1). Ciò in tema generale; nè perciò rimane escluso che un insigne contributo d'ingegno, d'opera e d'industria possa essere ricompensato con *azioni di capitale* (2) che avranno valore pari a tutte le altre. Cessa allora la distinzione fra azioni industriali e di capitale; le quali esteriormente vengono considerate dal titolo che esprimono e non dalla loro causa. È nell'art. 135 stanziato, che i titoli delle obbligazioni che la società emette, non *possono mai eccedere il valore del capitale versato:* tali espressioni fanno chiaro che qui si parla del capitale materiale e non dell'intellettuale, che bene possono i soci valutare nel loro interesse, ma che i terzi non possono misurare, nè farvi assegnamento (3).

La concessione di azioni di capitale a soci d'industria e d'opera non si fa a spese e con detrimento del capitale materiale; ma restringe il numero delle azioni di cui possono disporre i soci che lo hanno versato. Essi ne sperano largo compenso nelle utilità e nei vantaggi che derivano dall'applicazione di cognizioni speciali, dall'arte non comune, da una operosità intelligente ed instancabile.

Ma prescindendo da questo, non è men vero che le azioni industriali ricevono i loro dividendi in modo definitivo e indipendente da qualsivoglia successiva vicenda della impresa sociale.

Le sole azioni contribuenti, ossia di capitale, hanno diritto agl'interessi, se furono stipulati (4). Il pagamento degli interessi è prelevato dalla massa degli utili prima di farne la distribuzione (Corte di Genova, 13 marzo 1863, *Collezione* CAVERI, part. II, pag. 71). I soci d'industria non possono avervi diritto neppure se provvisti di azioni proprietarie o di capitale; la stipulazione che se ne facesse sarebbe nulla, se non potesse interpretarsi come un aumento di benefizio.

Articolo 142.

Quando gli amministratori riconoscano che il capitale sociale è diminuito della metà, devono convocare gli azionisti per interrogarli se intendano sciogliere la società.

Quando la diminuzione giunga ai due terzi del capitale, lo scioglimento ha

(1) Ogni volta che per noi si parla di utili, s'intende *utili netti;* detratte le spese. È del tutto elementare. Sul terreno del fatto sorgono però questioni anche su questo punto. La cognizione di ciò che è spesa, è sempre d'attualità; e le più volte riceve norma dall'atto fondamentale, semprechè rispetti il diritto, e sopratutto sia mantenuta la incolumità del capitale. Disse la Corte di Douai nel 26 marzo 1863 (*Journal du Palais*, 1866, p. 636) valido il patto pel quale le spese per rinnovare il materiale sarebbe portato sul fondo di riserva e non sui bilanci annuali, base del dividendo. Dubito la massima non fosse esagerata ove la Corte enunciò che il patto sarebbe valido eziandio se il fondo di riserva fosse troppo debole per coprire le spese del rinnovamento; essendochè tali spese ricadrebbero sul capitale (intorno a ciò vedi il commento sul seguente articolo 142).

(2) TROPLONG, *Des sociétés*, nº 134.

(3) Quantunque anche questo elemento concorra a formare la pubblica fiducia, sicchè una volta promessa non possa ritirarsi, nè i soci rinunziarvi.

(4) Salvo ciò che si è detto nel nº 501 rapporto agl'interessi equitativi per causa di ritardo dell'esercizio; e questi pure non sono dovuti che alle azioni paganti.

Digitized by Google

luogo di diritto se gli azionisti non preferiscono reintegrarlo o limitare il fondo sociale al capitale rimanente, purchè questo basti a conseguire lo scopo della società.

504. *Introduzione. Due quesiti che si presentano a risolvere.*
505. *Se l'assemblea generale possa riformare i propri statuti. Si dimostra che in termini di necessità, di utilità o di convenienza, l'assemblea può ordinare ciò che non è stato previsto dallo statuto sociale.*
506. *L'assemblea non ha il potere, per virtù di maggioranza, d'imporre agli azionisti ulteriori obbligazioni, come quella di aumentare il capitale.*
In tal caso gli azionisti dissenzienti possono ritirarsi dalla società, ma non saranno costretti a perdere il valore importato.
507. *Delle società a capitale variabile. Di quelle dette* di cooperazione *ed operaie; della formazione del capitale e della speciale natura di tali associazioni.*
508. *Quando il capitale è divenuto insufficiente. Principii che convien ritenere.*
509. *Dei vari sistemi preordinati negli statuti per provvedere alla diminuzione del capitale, o preparare risorse all'occorrenza. Emissioni riservate. Dell'interesse composto e delle combinazioni che se ne svolgono.*
510. *Se la diminuzione del capitale è verificata e lo statuto non provegga, quali siano le conseguenze secondo l'articolo* 142.
511. *Obbligo dell'amministrazione di conservare la incolumità del capitale*
Perciò vietata la retrocessione delle azioni. Temperamenti che conviene adottare quando le azioni retrocesse sieno state negoziate.

---

504. Lo statuto della società è fondamentale, inviolabile, norma di tutti i poteri che agiscono in essa, i quali si estendono sino al punto in cui incontrando quell'immobile scoglio, sono costretti a limitarsi. La società libera prima di costituirsi, è legata dalle proprie leggi dopo la sanzione del governo e la loro pubblicazione. Per quanto adunque l'assemblea esprima, colla maggioranza dei suffragi, la volontà di tutti i soci, non può mai eccedere i confini posti dallo statuto. Incapace di derogarvi, la nullità delle sue deliberazioni può essere opposta sì dai terzi che dai soci medesimi della minoranza (1).

L'assemblea ha tutti i poteri che non siano limitati dallo statuto o dalla legge. Non è dal silenzio dello statuto che possano dedursi delle restrizioni all'esercizio di quei diritti che non riguardano che l'interesse della società, e non sono d'ordine pubblico. Se lo statuto non proibisce l'alienazione degli immobili della società, l'assemblea può ordinarla, e la maggioranza decide.

Intanto, malgrado le precedenti osservazioni, due quesiti si offrono volgarmente alla discussione: se l'assemblea generale degli azionisti possa riformare i propri statuti; se possa, non che diminuire, imporre che si aumenti il capitale sociale.

505. Il Consiglio d'amministrazione della società anonima, secondo una decisione della Corte di Torino, 23 gennaio 1863 (*Collezione* CAVERI, part. II, pag. 63), avrebbe diritto di far convocare l'assemblea onde proporre la riforma dello statuto. Se questo è vero, lo statuto è dunque riformabile dall'assemblea. Una notevole sentenza della Corte suprema di Francia, del 29 marzo 1864 (*Journal du Palais*, pag. 1250), stanziò in principio, che l'assemblea generale ha facoltà di mutare i propri statuti, ben inteso alla condizione di pubblicare il cangiamento avvenuto. Senza negare la facoltà, convien ridurla ai termini di ragione.

Le deliberazioni dell'assemblea generale, scrisse ALAUZET sfiorando l'argomento (*Commentaire*, n° 168) « conformes aux statuts, « obligent la société, *mais elles ne peuvent évi-* « *demment changer les conditions du pacte so-* « *cial*, et dans les sociétés anonymes par un « double motif: l'un tiré de la protection qui « est due aux associés dissidents ou absents;

---

(1) La clausola del patto sociale che autorizza l'assemblea regolarmente convocata a riformare lo statuto, non s'intende delle condizioni essenziali, dichiarò la Corte di Parigi nel 18 marzo 1862 (*Journal du Palais*, pag. 715).

Digitized by Google

« l'autre, de l'impossibilité pour une société « anonyme de modifier ses statuts sans l'ap- « probation du gouvernement ». Più avanti, al nº 176, l'autore conferma il suo principio; e ricorda una specie decisa dalla Cassazione di Francia nell'8 marzo 1848, che giudicò invalida una deliberazione dell' assemblea che aveva in certo modo alterata la natura delle azioni liberate, permettendo ai portatori di quelle azioni, che voleva segnate con marchio particolare, di presentarsi al fallimento come semplici creditori, e non come soci.

I due motivi addotti dall'egregio scrittore si mostrano poco valevoli. Il primo è piuttosto di forma che di sostanza. Se la società avesse in realtà il potere di riformare i propri statuti, essa ne farebbe uso legittimo concorrendo il voto di tutti i soci: ciò secondo ALAUZET: ma rimane ancora il conoscere se la società abbia questo potere, sia pure coll'adesione dei singoli, e non per impero di maggioranza. Ma peggio ancora: la proposizione inchiude un errore. Non è la protezione che vuolsi accordata ai *dissidenti* o agli *assenti* la quale faccia ostacolo: è piuttosto la protezione dei terzi, e qui sta la vera difficoltà. Il secondo motivo accenna alla *impossibilità*, per essere necessaria l'approvazione governativa(1). Questo però concerne la esecuzione anzichè la facoltà in se stessa; ed essendo l'assemblea nel diritto, il governo non potrebbe negare la sua sanzione a ragionevole riforma.

Lo statuto sociale non può radicalmente mutarsi senza mutarsi l'essere della società e farsene una novella e diversa. Nè la società nè il governo avrebbero tale autorità, resistendo invincibilmente la ragione dei terzi. Perchè la dimostrazione sia più certa, noi facciamo di questi due poteri un solo, e ne supponiamo l'accordo. Tuttavia nel loro accordo non potrebbero congiurare a detrimento della pubblica fede, a danno dei terzi. La società che cangia le sue basi, come or ora dissi, si rinnova. Nè vale rispondere che siffatto rinnovamento riguarda il futuro; non offende le contrattazioni e le negoziazioni correnti; che il pubblico apprenderà il cangiamento (art. 163) e saprà regolarsi per l'avvenire. Una potente società commerciale è un complesso indivisibile che quando ha cominciato a svolgersi non può aver termine che in una liquidazione generale. Vi è una solidarietà d'eventi che s'incalzano, l'uno procedendo dall'altro, che non si possono nè analizzare, nè arrestare nel loro corso, tutti affidati alla fermezza delle convenzioni primitive che li governano nelle loro conseguenze, e tutti vanno a far groppo nell'esito finale della società. Benchè questo canone della irrevocabilità dello statuto sociale non si trovi scritto come regola generale nel Codice, le varie sue disposizioni valgono a confermare il principio.

Non vuolsi però correre agli estremi. Più maniere di riforma sono in vista: 1° in quanto importi allo statuto medesimo per migliorarlo, per renderne più agevole l'eseguimento; 2° per aumentare il capitale e aggiungere nuove forze alla impresa; 3° per quei fatti impreveduti che, senza scuotere le basi della società, domandano nuovi ordini e provvedimenti; 4° quando il capitale sociale per necessità delle cose sia riducibile.

Non parlerò della prima maniera, poichè di leggieri s'intende che migliorare, chiarire, correggere, giova a tutti e non può incontrare opposizione. Facile è pure a comprendersi la seconda, semprechè la società non si aggiunga nuovi pesi, non si obblighi a nuove emissioni: causa di debolezza anzichè di conforto. Anzi, generalmente parlando, sarebbe contrario agli statuti, che non sogliono preconizzare aumento nel numero delle azioni. Non lo escludiamo però in combinazioni particolari che non possiamo prevedere, e ci teniamo alle generali.

Entro questa proporzione stanno i mutamenti della terza categoria, innocui, designati dalle circostanze, e ordinamentali. Tolgo l'esempio da una specie decisa dalla Corte suprema di Francia. Un'assemblea di azionisti, investita dallo statuto del potere di votarne la riforma, deliberò che i titoli delle emissioni che ne avvisavano il prezzo originario, venissero surrogati da titoli nuovi portanti la indicazione degl'interessi in relazione soltanto al valore odierno. Alcuni azionisti impugnarono la regolarità dei nuovi titoli. La Cassazione, nel 29 marzo 1864 (*Journal du Palais*, pagina 1250), si pronunciò per la validità; disse che il lamento degli azionisti era vano, perchè sebbene dei titoli antichi e dell'originaria espressione del valore non si facesse menzione, ciò era conforme alla situazione presente della società che non era felice, e rappresentava la realtà delle cose.

Alcuno verrà notando che, nel caso della decisione, l'assemblea era autorizzata a mag-

(1) Ciò nel tempo in cui ALAUZET scriveva; vedremo nell'Appendice che in Francia non occorre più sanzione del governo in fatto di società anonima; la nostra legislazione però la ritiene ancora.

Digitized by Google

giori cose dallo statuto sociale, ed io ne prescindo, aggiungendo che, in termini di necessità o di utilità o di convenienza l'assemblea non può esser rimproverata d'arbitrio, perchè *niuno ha interesse* di fargliene rimprovero. Per fare il bene; per fare ciò ch'è lodevole, utile, conveniente, indifferente, se vuolsi, si ha sempre facoltà.

L'esempio testè addotto non addita precisamente una qualità di atti da formarsene soggetto della convenzione sociale. Non si prenuncia mai lo scadimento di una società e il bisogno di emettere dei titoli in proporzione. Non si prenuncia, ma può farsi; e il farlo sarà talvolta atto di gente onesta. Non è, a dir proprio, una riforma dell'atto sociale, ma qualche cosa che non è stato in esso preveduto. Si possono immaginare altri casi e più seri. L'incendio ha distrutto cospicui edifizi della società; bisogna ricostruirli; è necessario negoziare un prestito. Lo statuto ne faceva divieto all'assemblea; ma lo statuto non previde l'incendio. La deliberazione dovrà farsi approvare dal governo; sarà portata al pubblico: ma è valida per sè, come quella che è imposta dalla necessità; la prima di tutte le leggi.

Che se l'evento imprevisto e terribile minacci le sorti dell'impresa, o domandi gravi sagrifizi per continuarla, la società può assumerli questi sagrifizi; e ripeteremo una frase che riceve qui pure tutta la sua applicazione: si ha sempre facoltà per fare dei sagrifizi. I creditori non potranno esser che grati a tanta costanza. Ma qui si esce dall'argomento che viene investigando i poteri dell'assemblea rispetto ai terzi. Diremo, conchiudendo, che un evento di questa natura potrà condurre la società allo scioglimento (1).

506. Discorrendo ora del diritto nel rapporto degli stessi azionisti, e se l'assemblea a suffragi non unanimi, ma per virtù di maggioranza, possa aggravarli di nuove obbligazioni, come sarebbe di aumentare il fondo sociale, la dottrina nega all'assemblea questo potere. Osservano, fra gli altri, DÉLANGLE (*Des sociétés*, tom. II, n° 442) e BÉDARRIDE (n° 289) che se vi ha cosa fissa ed immutabile nelle società anonime, ella è la determinazione del capitale sociale: tutta la obbligazione degli azionisti è circoscritta nel prezzo delle azioni. Chi le sottoscrisse, fu animato da questa sicurezza; sapeva ciò che si esponeva a perdere. Per tal principio esistono e giganteggiano le società per azioni.

Si è cercato sfuggire alla forza di questo argomento, dicendo, che quelli degli azionisti che non volessero aumentare il prezzo delle loro azioni, potranno ritirarsi abbandonando la loro importazione: così il deliberato dell'assemblea avrà la sua efficacia fra i consenzienti (2). I lodati autori risposero deplorando le conseguenze di sì strana teoria; essere violato lo spirito della istituzione, il suo scopo distrutto. « L'impossibilité de faire face à des « versements nouveaux enlèvera aux action« naires non seulement toute espérance des « bénéfices, mais encore lui fera perdre toute « participation aux choses déjà acquises. On « pourra donc prendre l'obole du pauvre et « le mettre ensuite à la porte, parceque pau« vre! Un système qui conduirait à de telles « conséquences est définitivement jugé par « celà même » (BÉDARRIDE, ivi).

Tutto ciò è patetico e anche giusto. Ma non vi sarebbe una risposta più diretta e più decisiva? Perchè non si convincono quegli avverversari della ragione e della umanità, col loro stesso raziocinio? Dite loro: voi siete costretti a convenire che la deliberazione della maggioranza è invalida, giacchè la maggioranza decide che gli azionisti abbiano ad aumentare i fondi, e intanto ammettete che i dissenzienti possono sottrarsi alla decisione rinunziando alle somme versate. Ma ciò che è invalido e nullo non può produrre effetto giuridico di sorta; dunque neppur quello di dover abbandonare le somme versate. Il sillogismo non ha replica.

507. Deducendo il nostro ragionare dalla natura del diritto sociale, rispettiamo le condizioni stabilite. Riconosciamo che il capitale può esser aumentato, se con questo patto fu costituita la società, che allora suol chiamarsi *a capitale variabile*. Tutti gli azionisti che fecero adesione allo statuto sono obbligati ad osservarlo; niuno può ritirarsi ed evadere dalla società, se questo diritto non venne egualmente stipulato; il patto, per se stesso, non può interpretarsi in altro modo (3). È della natura di tali società che i titoli siano *nominativi*, non potendo altrimenti esercitarsi

(1) Articolo 160, n° 2. V. appresso il n° 507.

(2) Pare che questa infelice dottrina cercasse appoggio in una decisione della Corte di Nimes del 3 fruttidoro, anno XII, che TROPLONG (num. 182) chiama *un hardi excès de pouvoir*.

(3) Qualunque argomento piacesse di dedurre dall'art. 52 della citata legge francese.

ed avere sicuro effetto il giudizio dell'assemblea che, secondo i bisogni, o secondo la maggior estensione che va prendendo il commercio della società, viene decretando l'accrescimento del capitale.

Se il nostro Codice di commercio non ha disposto intorno alle società *con capitale variabile*, come pochi mesi dopo la sua pubblicazione si fece in Francia colla Legge del 1867, è forse una lacuna? Esaminiamo la natura delle società *essenzialmente* costituite a capitale variabile.

Il capitale è essenzialmente variabile nelle società dette *cooperative* ed *operaie*, che non si fondano, o almeno possono non essere fondate su capitali esistenti, ma tendono a formarsi; ove la laboriosa classe artigiana viene deponendo i suoi risparmi, rendendoli fruttiferi in moderato commercio; ove il popolo si educa a saggia parsimonia e sfugge al vizio che logora danari e ragione (1). In tali società non si sfruttano capitali: si preparano. La maggiore libertà, senza impacci di regolamenti legislativi, dicono alcuni, essere la vita di tali associazioni. Libertà non solo per associarsi, ma eziandio per ritirarsi dalla società. Il proletario è così poco capitalista che domani, da qui un mese, sentirà il bisogno di vivere coi suoi stessi risparmi: cangia domicilio: è costretto di portare con sè, come il filosofo, la sua piccola fortuna.

Discutendosi il progetto della Legge sopra indicata, il relatore della Commissione propugnava appunto il principio della libertà più estesa; ogni garanzia, secondo lui, doveva consistere *nella limitazione dell'oggetto commerciale* (2). « Où était, egli diceva, dans les lois « générales l'obstacle à la création des asso« ciations ouvrières? Dans la fixité du capital « et du personnel: dans l'impossibilité de « fixer ces deux éléments, sans une liquida« tion, sans une publicité ruineuse par des « intérêts modestes ».

Il ministro del commercio, rispondendo, riconosceva ed ammetteva tutto questo; ma era impressionato dal pericolo di quell'entrare ed uscire, a piacere, dalla società, non potendo, egli osservava, avervi nulla di stabile con una facoltà sì illimitata. Egli vi aderiva nonostante, ma il progetto stabiliva a garanzia una restrizione nel capitale di fondo che dovrebbe formarsi naturalmente prima di attivare un esercizio commerciale propriamente detto, e intanto permettere alle più piccole frazioni, all'obolo popolare, di venirsi collocando man mano; e la esperienza ha provato che col concorso di sì tenui mezzi possono farsi grandi cose.

Io non debbo continuare questo esame per noi puramente storico per quanto sia interessante quella discussione nella quale presero parte Picard, Giulio Simon, Emilio Olivier, Marie, Rouher, Giulio Favre e altri uomini siffatti (3). Qualche altra nozione potremo dare riportando questa Legge al fine del presente Trattato; ivi vedremo che si finì col costituire una società anonima per azioni, retta da disposizioni speciali, fossero o no opportune alle società di cooperazione. E io non dirò che quella Legge non abbia il suo grado di utilità; e noi per le società a capitale variabile, per le cooperative o con altro nome vogliano appellarsi (4), restiamo sotto lo impero della legge commerciale comune, e senza molto danno, io credo, potendosi all'uopo attingere a quei principii.

—

508. Abbiam detto che, prescindendo dalla convenzione stabilita all'ingresso della società, non sono tenuti i soci ad aumentare il capitale.

Ma che avviene della società abbandonata, secondo la esatta espressione di Troplong, a risorse insufficienti? Ecco gli insegnamenti della dottrina: frutto della esperienza e del criterio pratico (V. Troplong, n° 183 e seg.).

Se il numero dei dissenzienti è talmente

(1) Fra le società popolari affini hannovi quelle dette *di consumazione*, il cui scopo è di procurare con acquisti fatti all'ingrosso, in comune, ed in tempo, tutto ciò che è necessario alla vita dell'operaio: i generi si distribuiscono giornalmente secondo certi ordini prestabiliti; talora vi si annette l'elemento *di mutuo soccorso;* e la legge è interamente nello statuto che se ne forma.

(2) In Inghilterra sono proibite alle società *in capitale variabile* certi affari di grosso conto, la coltura di miniere, lavori di banca, ecc. È facile vedere che tali speculazioni eccedono la portata delle società cooperative.

(3) Del resto la discussione è largamente esposta nel commento alla legge del 24 luglio 1867 (*Paris à l'administration du Recueil général des Lois et des arrêts et du Journal du Palais*).

(4) Ecco propriamente le società che vengono sotto il nome di *cooperazione* rispettivamente al loro oggetto. — Comprare per vendere ai soli soci, o anche a terzi, cose necessarie ai bisogni della vita e ai lavori operai — costruire case pei soci — aprir crediti ai soci facendo anticipazioni — vendere i prodotti della industria dei soci, separatamente o in comune — fare in comune dei lavori ordinari.

Digitized by Google

considerevole che non si ha più speranza di sostenere l'impresa, il rimedio è un solo: sciogliere la società.

Che se fra i soci si trovano uomini di buona volontà e di maggior costanza per dare appoggio all'impresa pericolante, allora continuando fra le stesse persone la società, evidentemente quelli che non si sono prestati ad aumentare il capitale primitivo, non potranno pretendere la stessa parte nella divisione degli utili; ma fra essi e gli aumentisti si farà la distribuzione *pro rata* in proporzione del valsente aumentato.

Differenza d'interessi che non è incompatibile colla vita di una società commerciale; che non può dirsi un inconveniente, tali gradazioni essendo comuni in quasi tutte le società. Nondimeno, o il buon accordo sia alterato per questo avvenimento, o si ravvisi più semplice una ricostituzione e, per così dire, una rimessa a nuovo della società, la prima si discioglie: ma ciò non può accadere che col consenso di tutti. I soci che si ricusarono all'aumento non possono esser espulsi: non obbligati dal patto sociale, si mantennero nel loro diritto. Non è per l'accrescimento o per lo reintegro di capitali sminuiti che si scioglie una società; dacchè le condizioni essenziali del personale dei soci, dei patti e dell'oggetto dell'impresa, non è punto cangiato.

Tre cose intanto sono da ritenersi: 1° che il socio a cui non piacque di aumentare la sua importazione, non può essere violentemente rimosso dalla società; 2° ch'egli ha facoltà di ritirarsi in presenza di uno stato di cose, che quantunque da considerarsi accidentale, non venne da lui consentito al suo ingresso nella società; 3° che per comune consenso la società può dissolversi e dissolversi anche di diritto (1): e allora si forma o non si forma *società nuova*.

509. I fondatori delle grandi associazioni sono previdenti; ed è ben raro che gli statuti sociali non predispongano convenientemente. Così cessano le investigazioni teoriche e si entra nel terreno della convenzione; materia di applicazioni concrete. La combinazione seguente è ricordata da TROPLONG (n° 187). Si divide il capitale sociale in una serie di azioni, parte delle quali viene emessa incontanente; l'altra parte si emette in seguito, e allora soltanto che ce ne sia bisogno (2). Così si evitano i rovinosi partiti dei prestiti. Al fine del numero precedente si è veduto che lo statuto può semplicemente ordinare un aumento di capitale esigendolo il bisogno della impresa.

La obbligazione in genere stabilita, conoscere del fatto, cioè della realtà del bisogno, è ufficio dell'assemblea; e il deciderlo è nei poteri della maggioranza.

Le combinazioni per allettare la concorrenza non furono mai sì feconde e ingegnose come oggidì. Il sistema delle *azioni riservate* ha i suoi inconvenienti; qualche altra volta si aggiungono capitali creando azioni nuove; ma i moderni azionisti verrebbero a partecipare ai vantaggi prodotti dal fondo originario (3). È molto in voga il sistema dell'*interesse composto* che trae seco immenso concorso, per l'utile impiego dei capitali congiunto alle lusinghe della fortuna. Di simili programmi ne vediamo ogni giorno. Si promettono estrazioni a premio; tutte le cartelle potranno essere premiate, e vi sono lotti persino di lire centomila. Con tutto questo la società non dà più dell'interesse legale del 6 per 100, e come possa ciò avvenire non è a tutti manifesto.

Fu in Francia una lite interessante intorno a questo soggetto che diede occasione ad investigare il meccanismo della operazione non tanto per rilevare se vi si nascondesse l'usura, quanto per apprenderne la na-

(1) Quando la diminuzione del capitale sia in una certa misura determinata dalla legge: di che diremo più avanti.

La trasformazione di società d'accomandita in anonima crea *società nuova;* e deve, a pena di nullità, esser deliberata dall'assemblea generale *composta di tutti gli azionisti* (Corte di Lione, 6 febbraio 1868, sull'articolo 27 § 2 della Legge di luglio 1867).

Una tesi che vi ha rapporto si legge nella decisione del 28 settembre 1863 della Corte di Lucca, altra volta citata (Collezione Caveri 1863, part. II, pag. 340.

(2) Giova anche riportare l'esempio. Fondo sociale fissato in 500,000 lire, rappresentato da cinquecento azioni di lire 1000. Le cinquecento azioni sono divise in cinque serie, ciascuna di cento azioni. Di queste cinque serie, quattro se ne emettono al momento; la quinta è una riserva, della quale non si farà uso che in casi d'urgenza, secondo il giudizio del gerente e del Consiglio di sorveglianza, al parere di alcuno; ma non senza deliberazione dell'assemblea, come io credo.

(3) Si usa anche quella che appellasi *conversione di azioni* a completare il capitale che risulti falsamente sottoscritto, portando il montare dell'azione a costo superiore al nominale. Di questo argomento occupandosi la Corte suprema di Francia nell'11 marzo 1868 (*Journal du Palais*, 1868, pag. 531) disse che l'azionista non intervenuto nell'assemblea doveva intendersi avervi fatto adesione, prestandosi in fatto alla conversione.

Google

tura, e giudicare dell'effetto dopo avvenuto il fallimento (1). La Corte di Parigi nella sua sentenza del 23 maggio 1862 aveva dovuto precorrere le idee che ora esponiamo sulle conclusioni dell'avvocato generale De Raynal, coronate da conforme decisione della Corte suprema (2).

La specie era questa. Ogni titolo di obbligazione di fr. 140 era rimborsabile in fr. 250. Si pagava il 3 per % su questa somma. Inoltre si facevano estrazioni a premi più o meno insigni in epoche determinate. Le ammortizzazioni dovevano seguire in un giro di tempo protratto sino a 69 anni. Il segreto sta qui. Pagando il 3 per 100 sul capitale di rimborso, fissato, come si disse, in fr. 250, veniva a corrispondersi sul capitale versato un interesse di fr. 5, 35. Questi cent. 65 che si pagavano in meno, resi fruttiferi *a interesse composto*, ossia interessi degl'interessi, sulla interminabile scala di anni 69, producevano tanto che alla fine, tutto compreso, si verrebbe a pagare anche meno del 6 per 100. Si sa quale sia la forza di questa combinazione aritmetica.

Fallita la società, si faceva questo ragionamento. Il capitale dell'obbligazione è divenuto esigibile. I vantaggi sperabili dall'alea sono perduti, perchè si maturano nel tempo, e il tempo non è più a nostra disposizione. Non possono adunque rimborsarsi le obbligazioni al prezzo promesso; ma devono invece rimborsarsi al saggio di emissione, accresciuto però della frazione d'interessi convenuti sino al giorno del fallimento, e di una indennità rappresentativa dell'aumento proporzionale al valore delle obbligazioni giusta le modalità del rimborso. E così venne deciso.

—

510. Fin qui si è parlato dell'aumento del capitale costituito in origine, ed esemplarmente, di varie maniere più cospicue con cui gli statuti sogliono antivenire i bisogni della società o porre le basi delle loro obbligazioni. La legge non si occupa che indirettamente dell'aumento, parlando della *diminuzione* nel nostro articolo 142. Se il capitale sociale *è diminuito della metà*, la legge impone al gerente *l'obbligo di convocare gli azionisti* per interrogarli sulla loro intenzione di proseguire o no la impresa. Il gerente che non adempisse al prescritto e mantenesse i soci nell'illusione, si renderebbe responsabile nel proprio. Io credo che in questo caso l'assemblea possa deliberare *a maggioranza*, a differenza dell'altro caso in cui si verifichi la diminuzione dei *due terzi del capitale*. Lo scioglimento *è di diritto*. Ridotto a tale stremo il capitale, la legge vede compromesso l'interesse dei terzi. O reintegrare il capitale, il che è lasciato in facoltà degli azionisti; o *limitare il fondo sociale se basti allo scopo*; ma apertamente, sinceramente, e a cognizione del pubblico. Non più pericolo d'illusione e d'inganno; i terzi limiteranno la loro fiducia. Ma ogni e singolo azionista deve concorrere in tale deliberazione. Il dissenziente può sempre ritirarsi; ed avrà luogo ciò che fu per noi avvertito nel n° 506.

511. La *diminuzione del capitale* è d'ordinario la conseguenza di cattivi affari o di vicende sventurate: fallimenti di debitori, perdite di navi, ecc. Ma è fermo che l'amministrazione dal canto suo deve adoperare ogni diligenza per conservare intatta la sostanza sociale. Discutendosi in Francia il progetto che fu poi la Legge del 24 luglio 1867 (3), il Fabre diceva in principio: « Le capital peut « être compromis sans doute, anéanti même, « si les affaires de la société tournent mal, car « il est lié fatalement à ses bonnes ou mau- « vaises chances. Mais toute combination qui « en dehors de ces chances tend à l'amoin- « drir, est contraire à l'essence même de la « commandite, car directement ou indirecte- « ment elle dégage la responsabilité de l'a- « ctionnaire, et porte atteinte au gage sur « lequel les tiers ont dû compter ».

Queste parole erano dette nell'occasione di discutere le facoltà del gerente *sul riscatto volontario delle azioni*. Si mostrava che con tali riscatti l'amministrazione diminuiva in effetto il capitale sociale; e ciò non poteva esser lecito (4). In quella occasione Giulio Favre, nome che noi Italiani pronunziamo con riconoscenza, mosso dalla gravità del fatto, sosteneva doversi reprimere colla condanna del ge-

(1) Studiando, come soglio, scrupolosamente il metodo della mia esposizione, rimasi in forse se dovessi rimettere questo breve esame al commentario del fallimento. Ma oltrechè ivi troveremo un gran carico di questioni, che giova non aumentare, quando sia possibile e l'ordine lo permetta, ho stimato che la parte prevalente del soggetto sia piuttosto quella che riguarda la formazione del capitale sociale di cui ci occupiamo.

(2) 10 agosto 1863 (*Journal du Palais*, an. 1864, pag. 1129).

(3) Della quale si è già discorso al n° 507.

(4) Vavasseur, *Des sociétés par actions*, num. 44; Mathieu e Bourguignat, *Comm. alla Legge 24 luglio 1867*.

Digitized by Google

rente da 500 a 10,000 franchi; l'emendamento non fu accolto.

Più tardi la Cassazione è invitata a decidere il caso seguente. La casa *G.* sottoscrisse 30 azioni del *Comptoir d'escompte de Nèvers.* Non erano liberate queste azioni quando il gerente ne accettò la cessione a favore della società. Un nuovo gerente stimò di non dover fare alcun conto di tale cessione, come quella ch'era illegittima, non potendo dispensarsi la casa *G.* dal versare il prezzo delle azioni. Nacque lite, nella quale la casa *G.* rimase perdente. La Corte di Cassazione, nel 13 febbraio 1868, sancì questa massima. « La faculté « que leurs est accordée (agli azionisti) de « transférer leurs actions, ne leur conférant « que le droit de se subsistuer un autre as- « socié, *ce transfert ne peut s'opérer qu'au « profit d'un tiers, et non au profit de la so- « ciété même* qui, une fois constituée, ne peut « en rachetant ses actions, réduire le capital « social affecté à la garantie des tiers » (1).

In massima la giurisprudenza ha stabilito nel modo più costante, che i sottoscrittori di azioni non possono neppure stipulare il rimborso, per retrocessione o in altra guisa, dell'importo delle loro azioni (2). È un modo come un altro di diminuire il capitale di fondo, e, rapporto all'azionista, è l'abbandono degl'impegni assunti.

Il fatto potrebbe variare d'aspetto qualora il gerente avesse acquistate le azioni per negoziarle. Se furono negoziate in effetto, allora è stato ritenuto che la società, e per essa il gerente personalmente responsabile, non deve rimettere nei propri fondi che la *differenza in meno* che se ne ritrasse. Se furono negoziate con vantaggio, non c'è altro a dire. Così decise la Cassazione francese nell'11 dicembre 1866. L'esito giustifica. Se l'azione fu rimborsata, è quanto si poteva pretendere; il gerente fece *rem utilem;* dopo ciò può valersi della facoltà che gli è concessa dallo statuto *di emettere nuove azioni* in surrogazione di quelle che rimasero estinte.

Che la società possa agire di nullità contro il fatto della propria amministrazione, richiamando dall'azionista il pagamento dell'azione ceduta al gerente, è conseguenza logica del fatto illegittimo che abbiamo veduta accettarsi nella solenne decisione del 13 febbraio 1868, sopra riferita. Opinioni più severe vogliono colla stess'arma ferire il terzo acquirente, quasichè il gerente abbia messo in circolazione dei titoli estinti (Note alla detta decisione): ma ciò sembra erroneo. Non è vero che il titolo sia estinto, se la retrocessione non è legittima. Prescindendo dal riflesso della buona fede del terzo, è un sistema che implica contraddizione, mentre se, malgrado la retrocessione, può costringersi l'azionista al pagamento, ciò prova che il titolo non è estinto.

Articolo 143.

Lo statuto sociale determina quando gli azionisti dovranno essere convocati in assemblea generale, le materie sopra le quali dovranno deliberare, il numero degli azionisti necessario alla validità delle deliberazioni, e il modo con cui i medesimi eserciteranno il diritto di suffragio.

Articolo 144.

Gli azionisti che rappresentano il terzo del capitale sociale possono domandare agli amministratori la convocazione straordinaria dell'assemblea, quando ciò reputano urgente per gli interessi sociali, esponendo i motivi della domanda.

(1) Massima già promulgata dalle decisioni della stessa Corte suprema nel 27 e 28 dicembre 1855, 18 maggio 1862 e 6 novembre 1865 (*Journal du Palais*, 1866, pag. 275), e da altre.

Ritenne la Corte di Parigi, con sentenza dell'11 febbraio 1859 (*Journal du Palais*, pag. 886), potere l'assemblea degli azionisti creare obbligazioni a termine per liberare la società da un debito ipotecario. Avendo la stessa assemblea generale dispensato taluno degli azionisti dal versare l'importo delle sue azioni, la decisione dichiarò (e questo era l'oggetto del giudizio) che gli azionisti che non avevano preso parte alla deliberazione non avevano giusta causa per chiedere lo scioglimento della società, nè per rifiutarsi al pagamento delle loro quote: soltanto avrebbero potuto chiedere la nullità della deliberazione, se e come potesse aver luogo.

(2) Cassazione francese, 16 aprile 1811, 12 aprile 1842, 10 aprile 1867; Corte di Parigi, 16 gennaio 1862.

Digitized by Google

Nel caso di rifiuto per parte degli amministratori, possono chiedere al Tribunale di commercio il decreto che ordini la convocazione. Il Tribunale, se giudica opportuno di concederlo, dà i provvedimenti necessari perchè l'assemblea sia convocata.

Articolo 145.

Nell'avviso di convocazione dell'assemblea generale si deve pubblicare la nota delle materie da sottoporsi alle sue deliberazioni.

Qualunque deliberazione presa sopra un oggetto che non sia stato indicato nella detta nota, è nulla.

Articolo 146.

Allorchè un terzo degli azionisti intervenuti all'assemblea generale, che rappresenti un terzo del capitale sociale, non si credesse abbastanza informato sugli oggetti che cadono in deliberazione, può chiedere che l'adunanza sia rinviata a tre giorni, e gli altri azionisti non possono opporsi.

Questo diritto non può esercitarsi che una sola volta per lo stesso oggetto.

La presente disposizione non si applica alla prima adunanza accennata nell'articolo 136.

512. *Dei poteri costitutivi che ha la prima assemblea generale ove lo statuto già adottato dai singoli azionisti non abbia adempito alle prescrizioni dell'articolo* 143.

E mancando ogni determinazione relativa, quale sia il regolamento delle assemblee.

513. *Delle assemblee straordinarie e del potere di convocazione.*

514. *Intervento dell'autorità giudiziaria, e considerazioni sulla procedura.*

---

512. *Lo statuto sociale determina*, ecc.

L'articolo suppone quelle previsioni dello statuto o le comanda? La dizione usata ha l'aria del comando; e tanto più da reputarsi imperativa, quanto la esecuzione dell'ordinamento è posto sotto la guarentigia dell'amministrazione governativa che può bene correggere le deviazioni del patto sociale. *Il numero degli azionisti*, *il modo del suffragio*, sono fatti organici della maggior importanza; si collegano e costituiscono una specie di necessità nelle associazioni anonime, specialmente per la indeterminata e pressochè infinita moltitudine dei portatori di azioni. Di solito è necessario possedere un numero ragguardevole di azioni per aver voce nelle assemblee alle quali è annesso il diritto di molti suffragi. Così *i suffragi sono dati alle azioni*, piuttostochè agli individui; ed è una forma perfettamente logica della istituzione. Nondimeno lo statuto potrebbe non averne disposto ed essere stato approvato.

Allora si fanno queste domande: 1° Sarebbe altrimenti nullo lo statuto sociale? 2° In difetto dello statuto, si potranno nella prima assemblea generale stabilire quelle basi? 3° E non facendosi, quali modalità dovranno osservarsi nelle assemblee?

Il volgare riflesso, che la violazione di quell'articolo non è colpita dalla sanzione di nullità, deve bastare a tranquillità nostra. Viene in conferma un argomento dedotto dall'articolo 162. Fra le condizioni dell'istituto sociale che devono pubblicarsi, e sono le costitutive ed essenziali, la presente non è compresa. Ma più di siffatte dimostrazioni negative vale il considerare, che la legge è di regolamento interno, e appartiene a quello che si direbbe organico direttivo anzichè essenziale. E questo essere il carattere della disposizione, si riprova dall'esservi frapposte ingiunzioni che non sono evidentemente essenziali, anzi non potrebbero esercitare un impero assoluto, pieno, irrecusabile, nei progredimenti della società. Tali sono *le materie sulle quali dovranno deliberare* (le assemblee). Come si stabiliscono *a priori* le materie sulle quali si dovrà deliberare? Se potessero essere presagite qualche mese o qualche anno innanzi che le assemblee si convocassero, sarebbe una superfluità, un pleonasmo quello che poi si dice nell'articolo 145 — che coll'av-

Digitized by Google

viso di convocazione *si deve pubblicare la nota delle materie* da sottoporsi alle deliberazioni dell'assemblea.

Non vedrei perchè la prima assemblea degli azionisti non potesse riparare al difetto dello statuto. E stando in questa opinione, mi confermo non essere nullo l'atto sociale, nè illegale, per conseguenza, la società medesima. Anteriore alla pubblicazione, è quello un periodo di libertà che rimane ancora ai soci; se la discussione sullo statuto è ancora aperta (articolo 136), e lo statuto non è compito, la conclusione che io adotto mi sembra indubitabile.

Ma tempo e occasioni possono scorrere e non essersi posto mano a regolare un rito così interessante. Che avviene allora? Subentra l'ordine naturale ai corpi deliberanti che non diedero a se stessi norme artificiali e limitative. È dell'ordine naturale che tutti gli interessati abbiano il diritto di suffragio individualmente considerati; ed è pure dell'ordine naturale che si deliberi a maggioranza, checchè possa sembrare altrimenti, *in quanto concerne l'interesse collettivo*, secondo le spiegazioni altrove date. È della natura delle cose ciò che conferisce a raggiungere il fine; e nel maggior numero dei casi, senza ciò, deliberazione non sarebbe possibile. E basta il maggior numero affinchè si scomponga e si disperda il fine (1).

—

513. Premesso nell'articolo 143 che *lo statuto determina quando gli azionisti dovranno esser convocati in assemblea generale* che andrà a fissarsi in periodi determinati, segue che l'articolo 144 accenna a deliberazioni straordinarie, non previste dallo statuto. Era necessario stabilire il potere di convocazione. Quando i corpi deliberanti hanno il loro organamento da leggi d'ordine pubblico, il potere di convocarli è attributo dell'autorità, nella quale il principio stesso si personifica, o che loro presiede. Così appartiene al re ed al governo la convocazione dei corpi parlamentari per inaugurare nuove sessioni; i presidenti dei tribunali e delle corti chiamano i giudici e consiglieri a deliberare; il pretore convoca il Consiglio di famiglia. Cotale autorità non si presenta così naturalmente nelle società. Bisognava trovarla, e trovarla, io dico, fuori del semplice amministrativo; non quindi nel gerente o nel Consiglio di sorveglianza, come si è fatto in qualche altra legislazione.

Questo principio è stato perfettamente compreso dal legislatore italiano, che ci ha donato l'articolo 144. Il diritto di provocare la convocazione dell'assemblea spetta agli azionisti che nel loro complesso rappresentino una certa interessenza. Vero è che gli amministratori mandano essi stessi gli avvisi della convocazione, ma sono esecutori, e non esercitano una funzione propria, talmentechè non possono resistere od opporsi.

È singolare che un articolo, uguale al nostro, esibito sotto forma di emendamento nella discussione preliminare alla legge francese del 1867 fu rigettato senza onere di esame, tanto parve insussistente. Si travide non so quale violazione di principii fondamentali. « Cette proposition, disse il relatore della « Commission, jetterait une perturbation pro« fonde dans le regime sous lequel ont vécu, « jusque ici, les sociétés en commandite (2), « et constituirait un atteinte véritable aux « principes qui les régissent. Ce sérait, à cer« tains regards, le gouvernement de l'affaire, « transporté du pouvoir qui le personifie et « qui en repond, au commanditaires, inconnus « des tiers, ed irresponsables, mais à la con« dition qu'ils n'agissent pas ».

Io afferro volontieri le occasioni per isvolgere qualche idea radicale. Ritenuta in ipotesi la società in accomandita per azioni, come mai può concepirsi allarme del pubblico o *perturbazione profonda* per questo fatto, se gli azionisti hanno tanta parte nel governo e reggimento della società quanta possono averne quelli che stabiliscono nelle loro deliberazioni ciò che vi ha di più importante e di più decisivo! Nelle società miste vi ha un pericolo che nelle azionarie non esiste: quello della confusione delle due qualità di capitalista negativo e di socio attivo, e si veglia su questo confine facile a varcarsi. Ma nelle società azionarie, dove il pubblico è avvertito che niuno si obbliga se non *sino al montare delle sue azioni* (articolo 140), la parte attiva degli azionisti negli affari di massima è tanto necessaria come senza pericolo, non potendone mai i terzi argomentare ch'essi vogliano assumere una responsabilità personale e solidaria con chicchessia.

514. Rifiutandosi gli amministratori, si ricorre al *Tribunale di commercio*. La procedura non è tracciata: bisogna farsela.

Si dovrà procedere colle forme del conten-

(1) Vedi appresso l'articolo 149.

(2) *Divise in azioni*, perchè di esse si trattava: su questo punto la differenza colle accomandite semplici è grandissima.

zioso o in altro modo? Qui sta una questione che la legge non chiarisce.

Consultando lo spirito della disposizione, sono tratto a credere che il procedimento possa esser quello della *Camera di consiglio*, salvo ciò che dirò appresso. Gli azionisti che rappresentano *il terzo del capitale sociale*, talvolta in numero assai grande, dovrebbero altrimenti riunirsi per citare gli amministratori, indi comparire personalmente o per mezzo di procuratore. Spesa non lieve e tempo perduto, comechè la citazione fosse spedita a breve termine. L'autorità di convocare un'assemblea è dell'ordine amministrativo anzichè giudiziario. Il Tribunale di commercio supplendo in questo caso al difetto degli amministratori, può considerarsi come l'autorevole complementario dell'amministrazione medesima; e gli amministratori, pel semplice rifiuto, procedente forse da inerzia e senza motivo, non sono *contradditori* da citarsi. Per cui è affatto semplice presentare un ricorso alla cancelleria del Tribunale di commercio, per alcuni di coloro che s'interessano della convocazione (1), colla prova dell'adesione di tanti fra gli azionisti quanti compongono *un terzo del capitale;* e del rifiuto non motivato (2) degli amministratori. Il tribunale in Camera di consiglio fa un decreto ordinante la convocazione, *se la reputa opportuna*, e delega un giudice. Questi *dà i provvedimenti necessari perchè l'assemblea sia convocata;* fissa il giorno della convocazione, fa distribuire gli avvisi per un emissario del tribunale e per organo della cancelleria, tenendo le norme dell'articolo 845.

Ma l'affare può rivestire qualità giuridica. Gli amministratori hanno dei motivi per ricusare il loro ministero alla convocazione dell'assemblea. Sostengono che all'istante manca il requisito del capitale; o i motivi della convocazione non hanno importanza; o la bisogna non è di competenza dell'assemblea, ma dell'amministrazione. Eccoci in faccia al giudizio. Esistono dei contradditori dichiarati e siamo già fuori dell'articolo 778 della procedura civile. È d'uopo citarli. Il caso *richiede pronta spedizione;* il presidente del tribunale abbrevia i termini della citazione (articolo 154 della detta procedura) che provoca gli amministratori a comparire e render conto delle loro opposizioni.

L'amministrazione forma un corpo distinto, nel quale le funzioni si dividono, ma che d'ordinario non ha un capo o rappresentante (3). Siccome i vari corpi che funzionano amministrativamente devono ritenersi solidari nella opposizione (4), io penso che i membri di cui quei corpi si compongono, abbiano a citarsi singolarmente.

Questo caso speciale fa vedere sotto nuovo aspetto l'articolo 137 del Codice di procedura civile (5). Ivi è detto: « La citazione è notificata, per le società di commercio, *a chi le rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale* », e si applica semprechè si muova lite *alla società*, sia per parte di soci, sia di terzi. Qui però la lite non è mossa contro la società. È invece la società, che fermata nel suo cammino dalla opposizione che reputa ingiusta, di alcuni suoi funzionari, intende a liberarsene. È un caso per cui non regge per la frazione ciò ch'è statuito per l'intero.

Il giudizio procederà come ogni altro giudizio sommario avanti il Tribunale di commercio.

Articolo 147.

Gli azionisti possono farsi rappresentare da mandatari alle assemblee generali.

Gli amministratori non possono essere mandatari.

Articolo 148.

Gli amministratori non possono dar voto:

1° Nell'approvazione dei bilanci;

---

(1) Non si è detto che *hanno interesse:* l'interesse consiste *nell'oggetto della convocazione*, come si viene a dire.

(2) Ora ne dirò la ragione.

(3) Che però lo statuto potrebbe divisare.

(4) Consiglio di sorveglianza, d'amministrazione, gerenti effettivi.

(5) Sino a questo punto non si estesero le mie osservazioni intorno a quell'articolo (Codice di procedura civile annotato, pubblicato per questi tipi). Non si trattava dell'applicazione, ma della *non applicazione* di esso articolo.

Digitized by Google

2° Nelle deliberazioni riguardanti la loro risponsabilità.

515. *La facoltà degli amministratori di votare nelle assemblee è concessa in quanto siano azionisti.*
Se la deliberazione sia nulla per l'introduzione di un voto illegittimo.

515. *Gli azionisti possono farsi rappresentare da mandatari*, e quindi da altri azionisti, come da estranei alla società. Tale facoltà è negata agli amministratori eziandio non avendo un interesse opposto.

Gli amministratori possono votare nelle assemblee generali, eccettuati due casi chiaramente enunciati. Deducono essi questa facoltà dalla loro qualità di amministratori, o da quella di azionisti? Il dubbio nasce da ciò, che possono aversi amministratori non azionisti ed estranei alla società (articolo 129, capoverso). Per l'affermativa potrebbe osservarsi, che il concorso degli amministratori nella votazione non può essere che utile per la cognizione degli affari che hanno dal loro stesso esercizio, e perchè, meno i casi eccettuati, il loro interesse al bene della società non è meno vivo di quello dei soci. Io però, senza dissimulare che qui si nasconde una questione, inclino nella contraria sentenza. Generalmente parlando la qualità di amministratore non è incompatibile col diritto di suffragio: ecco quello che si ricava dal testo. Ma da tutto il complesso delle disposizioni correlative si apprende senz'ombra di dubbio, che il diritto di suffragio appartiene agli azionisti o, come mi espressi altrove, *è dato alle azioni*. Certamente l'amministratore deve avere delle cognizioni molto peculiari; ma la legge ha un punto di partenza affatto diverso; il requisito che bisogna avere è quello del capitale. Quanto pesano le cognizioni dell'amministratore in confronto, per esempio, delle dieci azioni che è necessario possedere per aver voce nell'assemblea? Bisognerebbe fare questo ragguaglio; e la cosa è abbastanza assurda.

Ma le deliberazioni dell'assemblea nelle quali si fosse introdotto un voto illegittimo saranno nulle? o il voto si avrà per non esistente?

Ed è pure questione di qualche rilievo. Le deliberazioni giudiziarie in siffatta condizione di cose sono indubbiamente nulle. Ma da questo appunto sorge una distinzione che dovrebbe sciogliere la difficoltà.

Altro è decidere degli affari altrui e rendere giustizia, ed altro è deliberare dei propri. Ivi si hanno norme imprescindibili, si esercita una funzione pubblica e d'interesse generale; giudici, non disponiamo di cosa che sia in nostro potere, e l'autorità che ci è data tanto è legittima, quanto sia osservante di quelle supreme guarentigie di cui la legge circonda le decisioni giudiziarie. Se anche fosse provato (prova che non può farsi, o sarebbe vietata) che il voto illegittimo non avrebbe appartenuto che alla minoranza, è manifesta la nullità perchè non sarebbero intervenuti nella votazione tutti i giudici che dovevano esserci. La deliberazione degli azionisti sarebbe nulla allora soltanto che il voto illegittimo avesse deciso della maggioranza.

Articolo 149.

Le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dello statuto sociale, sono obbligatorie per tutti gli azionisti anche non intervenuti.

516. *Riassunto delle regole sulla validità ed efficacia dei giudizi delle assemblee generali. Ragione dell'articolo.*

516. Percorrendo, secondo i vari aspetti che il Codice ci presenta, la teoria dei giudizi delle assemblee, si è notato quando la maggioranza sia sovrana, e quando no; ma gioverà riassumere le idee sparse, restringendole in alcune regole dominanti.

a) Il giudizio della maggioranza, in ordine ai suoi risultati, è di tre maniere: 1° è valido e definitivo; 2° è valido ma non definitivo; 3° è nullo e come non pronunciato.

È valido e definitivo: 1° quando la materia della deliberazione è contemplata nello statuto; 2° quando la materia appartiene al reggimento, alla direzione, all'amministrazione; a tutto ciò che è dell'interesse collettivo della società (1).

(1) Dico *definitivo*, perchè assolutamente obbligatorio.

È valido ma non definitivo; se l'interesse sia bensì comune, ma involva una decisione giuridica, come nel caso che già fu avvertito del rendiconto dell'amministrazione (1).

Non è valido il giudizio della maggioranza quando l'assemblea o non è ancora costituita, o dispone di diritti essenzialmente individuali e non alienati nella convenzione; come quelli di aumentare il fondo sociale, di proseguire la società che per cause giuridiche sarebbe già sciolta, ecc.

b) Per maggioranza s'intende tanto quella che dicesi *assoluta*, quanto la *relativa*, quella cioè che è artificiosamente e in vario modo statuita dalla convenzione sociale, secondo le previsioni dell'articolo 143.

Ma la maggioranza suppone la votazione dei *presenti* a suffragi ineguali. L'articolo 149 aggiunge che *i non intervenuti* (che si ritengono invitati) sono soggetti alle deliberazioni dell'assemblea. È giovato il dichiararlo togliendo il dubbio che fosse d'uopo di rinnovare gli inviti, come suol farsi per equità o per consuetudine. Così la deliberazione sarebbe valida a qualunque numero d'intervenuti: ma il patto sociale è sempre la regola suprema.

Articolo 150.

La proprietà delle azioni nominative si stabilisce mediante iscrizione sui libri della società, e se ne fa la cessione per dichiarazione sui libri medesimi firmata dal cedente o dal cessionario, o da un loro mandatario speciale.

La proprietà delle azioni al portatore si trasferisce mediante tradizione del titolo.

Le azioni al portatore possono essere cambiate in nominative, e queste in azioni al portatore.

517. *Carattere mobiliare delle azioni. — La iscrizione nei libri sociali non ne cangia la natura.* Quid *se i titoli sono smarriti o perduti?*

518. *Spiegazione di quella parte dell'articolo 418 del Codice civile, ove si enuncia che le azioni sono riputate mobili pel solo tempo in cui dura la società.*

519. *Della immobilizzazione delle azioni durante la stessa società.*

517. « Sono mobili per determinazione della « legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, « anche ipotecarie, che hanno per oggetto « somme di danaro o effetti mobili; *le azioni « o quote di partecipazione nelle società di « commercio o d'industria, quantunque alla « medesima appartengano beni immobili.* — « In quest'ultimo caso tali azioni o quote in « partecipazione sono riputati mobili riguardo « a ciascun socio, e *pel solo tempo in cui dura « la società* (articolo 418 del Codice civile) ».

La mente comprende che i capitali conferiti all'oggetto di formare la base economica della società *passano in proprietà dell'ente morale;* d'onde poi si riversano in azioni che formano pei loro possessori titoli sostanziali (2) e altrettante proprietà mobiliari, avvegnachè possano avere per sostegno degli immobili; intendiamo quelli che furono conferiti. TROPLONG lo ha detto bene: « Un échange s'est opéré entre la « société et les sociétaires. Pour prix du ca« pital social qu'elle a reçu, la société *a dé« livré des valeurs d'une nature différente* de « ce capital, quoique tirant de ceci leur ga« rantie et leur crédit (*Des sociétés*, n° 140) (3).

Le azioni sono mobili *per determinazione*

(1) In tal caso chi si grava del giudizio dell'assemblea può ricorrere al tribunale; ma intanto la deliberazione sussiste.

(2) Cioè esistenti per se stessi, e affatto distinti e indipendenti dal fondo che li alimenta.

(3) L'articolo 529 del Codice Napoleone, dopo la parola *azioni* aggiungeva *o interessi* nelle società di finanza, di commercio..... L'articolo 410 del Codice civile albertino ricopiò. Vi fu una ragione in origine per aggiungere la parola *interessi* che ora è stata soppressa. Alcuno del Consiglio di Stato sostenne che *azione e interesse* in una impresa sociale sono cose diverse, nè si vuol confonderle; *che l'interesse rende socio e comproprietario*, e l'azione non dà diritto che alla somma sborsata. L'*interesse* era dunque qualcosa d'immobiliare se cadeva sopra immobili, quasi rappresentante il proprio subbietto; solo quell'azione era mobile che non fosse generata da immobile.

In quella lunga discussione, di cui fu campione

Digitized by Google

della legge. Il legislatore può imprimere questo carattere alle sue creazioni se non vi ha resistenza incompatibile nella materia, e l'istromento si presti docile e maneggevole ai fini che il legislatore si propone. Creare azioni equivale al crear titoli di proprietà commercialmente disponibili e circolanti. Il legislatore può aggiunger cautele alla conservazione di questi titoli, ad esse subordinando l'esercizio del diritto. Alla perfezione dei *titoli nominativi*, secondo l'articolo 150, si richiede la *iscrizione sui libri della società.* Ne segue che la semplice tradizione del titolo non trasmette la proprietà, come viene spiegato in chiari termini dall'articolo.

La iscrizione non cangia la natura dell'azione o del titolo; esso continua ad essere trasmissibile mediante la stessa formalità (1), finchè cangiato in titolo al portatore (art. 151) non divenga trasmissibile colla sola tradizione. Nella iscrizione trovano guarentigia sì la società, che il proprietario dell'azione. Nell'elenco obbligatorio di tutti gli azionisti l'amministrazione ha uno stato originale necessario alla regolarità dei suoi atti e alla misura dei suoi procedimenti verso i propri debitori. Quei proprietari che preferiscono la sicurezza alla celerità delle operazioni, saranno più contenti dei titoli nominativi che si rubano inutilmente o si smarriscono senza danno; coloro specialmente che non essendo commercianti, o non avendo la capacità delle cose proprie, hanno bisogno di assicurare i loro titoli. Quindi l'ultimo comma dell'articolo 150, che permette lo scambio dei titoli a tutto comodo del proprietario. Chiaro è però che questa disposizione è subordinata all'altra dell'articolo 152 (2).

È troppo vero che perduto il *titolo al portatore*, è perduta la qualità di socio e l'azione. La Cassazione francese ciò riteneva per assoluto nel 5 dicembre 1837 (*Journal du Palais*, t. II, pag. 564). Terribile ma inevitabile conseguenza; alla quale nondimeno si è fatta e potrà farsi qualche limitazione. Se è realmente comprovato che i titoli sono periti in mano al legittimo proprietario, o gli furono rubati, non dovrebbe respingersi la sua domanda di pagamento, data cauzione. La stessa Cassazione francese decise in questo senso nel 15 novembre 1841 (*Journal du Palais*, 1842, tom. I, pag. 33) (3).

518. In qual modo vanno intese quelle parole, di colore alquanto oscuro, dell'art. 418 del Codice civile, che le azioni o quote di partecipazione di società di commercio e industria, *che appartengono a beni immobili*, sono riputate mobili riguardo a ciascun socio, e *pel solo tempo in cui dura la società?*

Il GRENIER, trattando la materia ipotecaria, ha fermata l'attenzione su questo non facile concetto (4) sfuggito all'esame degli scrittori di commercio. Egli porge degli esempi, il che giova forse meglio del ragionamento a farlo comprendere.

Si trattava di sapere, egli dice, se si dovessero riputare mobili o immobili certe porzioni sopra i prodotti del diritto di pedaggio che si percepiva per le mercanzie trasportate sul canale di Briare, diritto che apparteneva ad una società regolarmente costituita ed ancora esistente. La Corte di Parigi (17 febbraio 1809) le considerò come immobili pel motivo che *tutti i soci erano proprietari del canale*, e questo era la cosa principale e fondamentale della società medesima; il diritto di pedaggio non n'era che il prodotto. GRENIER censurò con ragione i motivi di quella sentenza. Durante la società, le azioni serbavano il loro carattere mobiliare, quantunque fondate sopra immobili; indi la conseguenza che, in tale stato di cose, le azioni non erano suscettive di ipoteca, e giudizialmente dovevano vendersi colla procedura dei beni mobili.

Erasi formata una società di commercio tra

---

il celebre TREILHARD, non si voleva già sostenere che l'*interesse* dovesse mantenere un carattere distinto, secondo il subbietto; ma si voleva anzi parificarlo all'azione in quello della mobiliarietà. Si temeva l'equivoco; ecco tutto: quindi si forzò l'articolo a ricevere quella parola, che ora si è conosciuta un irragionevole superfluo, ed è stata tolta dalla redazione del nostro articolo 418. Poste queste idee che rappresentano lo sviluppo del concetto giuridico: 1° che i soci si spogliano della proprietà dei capitali che conferiscono nella società; 2° che l'ente morale se ne impadronisce e ne dispone; 3° che la società crea a corrispettivo o compenso dei nuovi titoli, chiamati azioni, che dispensa ai soci in proporzione delle loro immissioni, ne segue perfettamente chiaro che l'*interesse* che si supponeva rimasto nell'azionista era una idea torbida e non vera; essendo il vero che l'azionista, individualmente considerato, concentra tutto il suo interesse nelle azioni medesime.

L'argomento è ripreso più avanti.

(1) Come le cartelle nominative del debito pubblico.

(2) Non occorre placito di governo per la iscrizione dei titoli nominativi nei registri delle società (Corte di Genova, 31 dicembre 1853, BETTINI, t. VII, part. II, pag. 1010.

(3) Aggiungi la decisione della Corte di Torino del 28 giugno 1868 (Collezione Caveri, t. II, p. 153).

(4) Parte I, Capo I, Sezione III, § 1, n° 163.

i fratelli *G.* ed il sig. *S.*, socio accomandante. Nell'anno appresso i fratelli *G.* comprarono un immobile che fu pagato coi danari della società ed entrò nel fondo sociale, indi fu venduto. Fallita la società, le mogli dei *G.* sostennero che la loro ipoteca legale s'era estesa sugli immobili acquistati dai rispettivi mariti, sebbene ammettessero ch'essi li avevano posseduti in comune con terzi, cioè coi loro soci.

La Corte di Tolosa, nel 31 luglio 1820, decise la questione rigettando la domanda delle donne sull'appoggio delle seguenti considerazioni: che l'immobile sul quale esse pretendevano ipoteca legale era stato acquistato, durante la società, nel nome dei fratelli *G.*, e pagato col danaro della società (1); che quando l'immobile fu venduto dalla società, essa durava ancora, quantunque sciolta, per non essersi fatta la liquidazione, per non essersi pagati i creditori, nè eseguito alcun partaggio (2); che le ipoteche legali delle mogli non potevano estendersi sui beni che i mariti ritenevano in società; che l'articolo 529 del Codice civile considerava come mobili, rispetto al socio, le *azioni* o *interessi* che questi aveva nella società; e come tali sfuggivano alla ipoteca.

Questi principii sono i veri: la sentenza non aveva d'uopo di altre spiegazioni. Se si consulta il nostro articolo 418, si vedrà che la sua espressione è incompleta. *Le azioni* a *quote di partecipazione*, ivi si dice, *sono riputate mobili..... pel solo tempo in cui dura la società.* Dunque diremo: che *quelle azioni* o *quote di partecipazione*, finita la società, diventano *immobili?* L'inferenza può parer logica, ma l'articolo non vuol dir questo, e non può dirlo. Finita la società, non ci sono più nè azioni, nè quote di partecipazione. Se l'affare è riuscito a bene, le azioni si estinguono coll'estinguersi delle obbligazioni della società. Se l'affare è andato alla peggio, le azioni svaniscono, e i creditori riscuotono quello che possono. La dimostrazione può farsi con altra formola. *Le azioni sono titoli della società;* cessano di esistere, soddisfatti o no, quando la società è finita.

Dichiarando che le azioni sono mobili *quantunque alla società appartengano dei beni immobili*, la legge ha dovuto considerare che i beni immobili della società *non sono punto nella disponibilità dei soci*, come per la indicata decisione si faceva manifesto. Se l'ipoteca non preesisteva alla cessione fatta di quei beni alla società, ente morale, distinto dalle persone dei soci, non ha potuto più iscriversi *durante la società* (3). Pertanto sarebbe molto lontano dal vero il dire che vi ha delle azioni *fondate in beni immobili*, quasichè alla loro ultima evoluzione possano riprendere la forma d'immobili. Piuttosto dicesi con proprietà, che gl'immobili che la società possiede *ne sono la garanzia*, unita, s'intende, a quella di tutti gli altri suoi capitali. Ne sono la garanzia, perchè appunto in contemplazione de' capitali che la società possiede, e delle speranze che vi si annettono, nasce il credito, si firmano azioni, si accettano i titoli della società.

L'azione adunque non ha un vero correlativo ed un sostrato su beni immobili come una cartella del credito fondiario. Essa è un mobile in tutta la estensione della parola. Alla divisione dei beni il suo importare può esser soddisfatto *con immobili;* è allora che l'immobile, assegnato in pagamento, entra nel dominio dell'assegnatario, ed è soggetto alle ipoteche iscritte o da iscriversi a suo carico (4).

519. Le azioni possono per Decreto reale o per legge essere *immobilizzate?*

Non per Decreto reale, che non varrebbe a distrugger una legge (l'art. 418 del Codice civile), ma sì per legge del Parlamento. Noi sappiamo che le *azioni della Banca di Francia* potevano per gli ordinamenti del 1806 e del 1808, a volontà dei possessori, passare fra gli immobili. Doveva farsene la dichiarazione in appositi registri: le azioni diventavano così per onnipotenza legislativa veri immobili soggetti ad ipoteca e non alienabili che colle formalità degli immobili. A volontà dell'azionista l'azione poteva tornar mobile, ritrattata la immobilizzazione. La Legge 7 maggio 1834 dettava i modi della ritrattazione (Bédarride, n° 316).

Io dissi che una nuova legge potrebbe rinnovare in Italia quel fenomeno; perchè l'azione è mobile per determinazione di legge, e per adempiere ai suoi fini, e non per natura; e può

(1) Circostanza indifferente una volta che i compratori avessero conferito l'immobile nella società.

(2) Intorno a questa materia, vedi i nostri numeri 370, 371 e seg.

(3) Perchè il proprietario n'era lo stesso ente sociale, e non il socio; perchè quei beni erano affetti ai debiti della società.

(4) Scritto questo paragrafo, mi sono incontrato in un passo relativo di Proudhon (*Du domaine de propriété*, n° 204), che nulla dice: la dottrina di Hennequin, che vi è unita, è interessante. Le mie osservazioni però, sebbene più brevi, mi sembrano più risolutive.

Digitized by Google

per forza di legge ricevere un nuovo aspetto. Ma converrebbe revocare l'articolo 418 del Codice civile, e con esso riformare il sistema ipotecario. L'articolo 1967, n° 4, ha creato degli immobili che non sono nell'ordine di natura, ma nel limite espresso dalle *rendite sopra lo Stato.*

Articolo 151.

Quando le azioni non sono pagate per intiero al tempo della loro emissione, non possono rilasciarsi che certificati provvisori nominativi, i quali non possono cambiarsi con azioni al portatore finchè non sia pagata almeno la metà del loro valore nominale.

I certificati provvisori non godono delle garantigie degli effetti di commercio, finchè non siano versati i tre decimi del detto valore.

Articolo 152.

I sottoscrittori di azioni sono personalmente risponsabili dei versamenti sulle medesime fino al cambio con azioni al portatore, non ostante qualunque cessione di esse.

520. *Disposizione dell'articolo* 151. *Se lo statuto possa stabilire condizioni diverse da quelle ivi ordinate.*

Distinzioni che bisogna premettere onde fondare una teoria.

521. *Illustrazione dell'articolo* 152. *Malgrado la imperfezione del suo dettame, si ritiene che il cedente, sottoscrittore dell'azione, è sempre responsabile del pagamento restante dell'azione ceduta.*

---

520. Pagata la *metà del valor nominale* dell'azione, i *certificati provvisori* possono cambiarsi *in azioni al portatore.* I certificati provvisori non hanno la *guarentigia degli effetti di commercio;* vale dire, non sono trasmissibili mediante semplice girata, non trasferiscono nel giratario una proprietà impassibile delle eccezioni allegabili contro il girante se non furono versati *i tre decimi del detto valore*, ossia del valor nominale.

Così si appresenta una scala o serie progrediente di titoli, proporzionata ai pagamenti eseguiti, senza però richiedersi la totalità del pagamento; basta la metà per esser forniti del titolo eminentemente commerciale che chiamasi *al portatore.* La legge ha seguita una via media; non ha voluto negare la commercialità del titolo non ancora totalmente pagato; non ha permesso il possesso del titolo definitivo, se non in parte almeno pagato. Per convenzione, i pagamenti delle azioni sogliono farsi in rate successive; ed *habita fide* del prezzo, sarebbe stato contro il patto medesimo e contro la fede data il proibire la commercialità dell'azione realmente ed assolutamente acquisita. La vera difficoltà può consistere in questo; se la legge abbia inteso di derogare allo statuto che avesse accordata una più estesa facoltà agli azionisti; in altre parole, se sia lecito convenire diversamente da quello che la legge dispone nell'articolo 151.

Se il patto sociale, poniamo in esempio, determina che dopo il pagamento *di un terzo* dell'azione (in luogo della metà) si possano rilasciare dall'amministrazione titoli definitivi o al portatore, sarebbe invalido il patto? Perchè non sarà libera l'associazione di stabilirsi coi modi che stima più convenienti ed opportuni? Non è libera perchè una legge d'ordine pubblico limita questa naturale libertà, nell'interesse generale.

È dunque imprescindibile, secondo mio avviso, osservare il prescritto da questa legge; nè vale patto in contrario (1). Posato questo

---

(1) Lo statuto può essere più rigoroso della legge, nessun dubbio. Essa regola le emissioni; e così regolate sono obbligatorie.

In una decisione della Corte di Torino del 28 novembre 1862 (Collezione Caveri, II, 510) fu dichiarato che la società obbligata a consegnare titoli definitivi rimane esonerata dall'obbligo perchè sia stato esaurito il numero dei titoli che l'amministrazione era autorizzata ad emettere. Sarebbe contabile dei danni. Ma può acquistare titoli già emessi e farne la consegna.

Digitized by Google

principio, rimane tuttavia a sapersi, se avendo l'amministrazione rilasciato il titolo definitivo, non adempite le condizioni volute dalla legge, il titolo stesso sia nullo; e reputo doversi fare alcune distinzioni.

Il caso può esser dubbio; e l'azionista in tutta buona fede. Egli aveva dei crediti verso la società, o credeva di averli. Proposta la compensazione al gerente a soddisfazione della sua quota legale, fu accettata e in conseguenza cambiato il certificato provvisorio in titolo al portatore. Dopo ciò si è rilevato che non era il caso della compensazione, e che il gerente avrebbe potuto, forse dovuto, non esaudire la domanda. Il gerente è caduto in errore. Ma rispetto all'azionista egli aveva fatto atto di autorità legittima, non essendovi legge d'ordine pubblico che vieti all'amministratore di accettare un pagamento per via di imputazione o di compensazione. Per conseguente, malgrado l'errore di diritto, il titolo rilasciato è legittimo, salvo la responsabilità del gerente verso la società.

Ma se il titolo definitivo fu rilasciato in opposizione assoluta ed evidente della legge, conviene suddistinguere.

O i titoli sono nominativi o al portatore.

Se nominativi, o esistono ancora presso il titolare, o sono stati ceduti.

Se ceduti, il nome del cessionario è stato o no iscritto nel libro sociale.

Se al portatore, i titoli sono stati o no negoziati.

Risultando che l'azionista, per esempio, non ha versato che uno o due decimi del prezzo; che l'emissione è stata precoce; se un motivo colorato, se un motivo qualunque di buon conto, non poteva addursi a scusare siffatta violazione della legge, la mala fede del gerente e dell'azionista, la collusione d'entrambi, è manifesta. Laonde se i titoli nominativi sono ancora presso l'azionista, l'amministrazione rappresentata da altro funzionario; o la società, eletto a questo speciale effetto un rappresentante, può costringere l'azionista medesimo a restituire il titolo definitivo, quando non preferisca d'integrare la somma legale, benchè il debito non fosse ancora scaduto.

Se il titolo fosse presso un terzo per cessione avvenuta, la società non avrebbe azione, per quanto io credo, da escuterlo nelle mani del terzo, se non assumendo di provare la mala fede di lui; ma può negare l'iscrizione nel libro, e così privare la cessione di ogni efficacia. La società è nel suo diritto; si vale dei propri mezzi di difesa; si trinciera dietro le sue guarentigie legali.

Ma se la cessione fosse stata registrata nel libro sociale, puramente e semplicemente: la specie presenta una certa gravità. Si direbbe forse che il cessionario non può avere maggiori diritti del cedente; che se il titolo era di natura sua provvisorio o non negoziabile per mezzo di girata, non potè cambiarsi per volontà del gerente in definitivo e negoziabile, in onta alla legge. Si sente la forza dell'argomento; ciò nonostante io ritengo, che *dopo la iscrizione pura e semplice, la società non abbia diritto* di obbligare il cessionario a restituire il titolo, nè di molestarlo personalmente. Nè varrebbe opporre che non si era ancora conosciuta la frode; obbietto che avrebbe una certa giustificazione dacchè l'azionista fosse stato molto sollecito a cedere il titolo, e il giratario non meno dal canto suo a farne il trasporto in proprio nome. Tuttavia la società, o chi la rappresenta in questo ramo d'amministrazione, sarebbe inescusabile di non avere verificato se legalmente o no fu rilasciato il certificato definitivo (1).

Resta l'ultima ipotesi del titolo al portatore. Esistendo presso l'azionista gli può essere ritolto, come io posi, rapporto al titolo nominativo; negoziato, non potrà raggiungersi mai più.

521. Ciò che poteva rimaner dubbio prima d'ora, la costante responsabilità dei *sottoscrittori d'azioni*, malgrado la loro cessione, ora è risolto nell'articolo 152. Eppure la responsabilità sembra limitata — fino al cambio, si dice, *con azioni al portatore*. Ora, quando avviene il cambio? *Pagata almeno la metà del valor nominale*. Se ne dovrebbe per diritto raziocinio inferire, che *sino alla metà soltanto del debito* rispondono in questo caso i sottoscrittori di azioni.

Io non nego che volendosi dettare nuove disposizioni, si potesse, anzi si dovesse, esser più chiari. Nondimeno vediamo lo stato della

(1) L'azionista che ha ceduto la *promesse d'action*, così propriamente appellata da PARDESSUS (nº 1043), osservate le formalità prescritte dal patto sociale o dalla legge, secondo quel maestro, non può più essere molestato. E i signori MALPEYRE e JOURDAIN: « La novation dans la personne du débiteur est « parfaite; car l'accomplissement des formalités « prescrites par la loi et les statuts équivaut à un « consentement donné par la société à la substi- « tution d'un nouveau débiteur à l'ancien ».

Digitized by Google

dottrina, e se mai possa credersi che il Codice abbia avuto in pensiero di restringerla in ciò che ha di più ragionevole e salutare.

Facciamo prima una ipotesi che non è precisamente la nostra, ma somministra un argomento *a fortiori*.

Non mancano statuti che esigono garanzie dagli azionisti per assicurare il pagamento delle loro quote. Finchè si conservano quelle cauzioni, l'animo di valersene al bisogno non si può metter in dubbio. Talvolta, senz'aggiungere cauzioni reali, si è contenti di ritirare dal sottoscrittore dei biglietti commerciali, mezzo più celere e spedito per costringerlo al pagamento. Se, ceduta l'azione, il gerente abbandona le obbligazioni che teneva da lui, e altre ne accetta dal cessionario, sembra realmente operata una novazione; e lo stesso cessionario essersi riconosciuto unico e solo debitore, come in perfetta delegazione. È difatti sentenza del maggior numero degli scrittori che in tal caso il cedente è liberato. Tiene altro avviso Troplong, che recisamente nega agli amministratori un simile potere, seppure non sia loro conferito dallo statuto (*Des sociétés*, n° 175).

Io seguo la opinione di Troplong. Per noi non si nega il fatto apparente della novazione; si nega la sua esistenza giuridica. Per conseguenza si professa che il segnatario dell'azione mantiene la sua responsabilità per l'intero, malgrado la cessione, e malgrado il fatto del gerente.

Ma lasciata questa ipotesi che io diceva fornire un argomento a *fortiori*, la dottrina della perpetua obbligazione del soscrittore dell'azione è dichiarata dallo stesso Troplong ai n^i 177 e 178), e con piena ragione. Chi mai sarebbe ardito di sostenere che colui che si è obbligato personalmente a prestare una cosa o un fatto, può sciogliersi dall'obbligo cedendo ad altri i suoi diritti? Egli può bensì spogliarsi del diritto, non già della obbligazione che *inhæret ossibus suis;* nè può estinguersi se non con uno dei modi determinati dal Codice civile (articolo 1236). L'opinione, non leggiera soltanto secondo il dire del citato autore, ma strana ed assurda dei signori Malepeyre e Jourdain, non merita l'onore di una seria confutazione. È falso che la facoltà di negoziare le azioni implichi quella di abbandonare i propri impegni verso la società. Si conviene che il cessionario assume coi diritti anche le obbligazioni del cedente: secondo noti principii di diritto, si acquista nell'accollatario, espresso o tacito che sia, un debitore di più; ma il debitore principale non è però fuori d'obbligazione. La società sarebbe costretta ad accettare un debitore del peggior genere, se così piacesse a colui che aveva dato il proprio nome all'obbligazione, che per ragione del suo credito personale era stata accettata.

Avverte Alauzet che o si tratti di azioni nominative o al portatore, non fa differenza: « Nous croyons que le souscripteur primitif « reste de plein droit engagé s'il ne peut rien « alleguer qui rompe l'obligation à laquelle il « a présomption qu'il a voulu se soumettre, « sans qu'il y ait lieu à distinguér entre les « actions primitives et celles qui sont au por« teur ».

Ora torniamo a rivedere il nostro art. 152. La cattiva sua lettera deve cedere allo spirito. Si è detto che il sottoscrittore dell'azione è responsabile *fino al cambio con azioni al portatore;* che io spiego, nel supposto che il cambio avvenga al compiuto versamento del prezzo, ed a significare che il cedente *sottoscrittore di azioni* (1) non è mai liberato sino al versamento totale. L'articolo 152, a mia ferma convinzione, non è restrittivo dell'obbligazione dell'azionista, nè è scritto in favor suo; ma tende invece a raffermare in lui quella responsabilità che è nei principii del diritto comune.

Sentite un mio dubbio curioso. Dubito di un equivoco di redazione; che il redattore dettando l'art. 152, non ponesse mente, per distrazione, al portato dell'art. 151. Io sono in sospetto che il redattore fosse in quel momento sotto la impressione di una idea: che i titoli al portatore non dovessero rilasciarsi che dopo il versamento compiuto. E dalle parole stesse della relazione ministeriale, che precede il Codice, io traggo la conferma di questo dubbio.

Parlando colla voce del Ministro, si vede che il legislatore, erudito da disastrosa esperienza, disapprovava « la emissione di obbligazioni « tentata precocemente *e innanzi che si avesse « per le mani il versamento integrale delle « azioni sottoscritte* ». Più avanti: « Le quali « considerazioni persuasero il governo del Re « ad antivenire i lamentati abusi *mercè il divieto assoluto fatto alle società per azioni di « emettere obbligazioni od altri titoli al portatore innanzi che sia seguito il versamento* « DELL'INTERO CAPITALE SOCIALE, O IN UNA « SOMMA MAGGIORE DI QUESTA ».

(1) Non i cedenti successivi che non sottoscrissero le azioni.

E il Ministro si appone: questa è infatti la disposizione chiara e netta dell'articolo 135, capoverso.

Vero è però che entrando nel fitto delle disposizioni incontriamo fra l'articolo 135 e il 151 una differenza che potrebbe parere antinomia, se non si dovesse ricorrere a una distinzione vera nel fondo, cioè *fra versamento del capitale sociale e versamento del prezzo delle azioni* (1). Dal tutt'insieme si rileva, che permettendosi nell'articolo 151 la emissione delle *azioni al portatore* dopo il versamento della metà del valor nominale dell'azione (il che non coincide col passaggio testè riportato della Relazione ministeriale), non si potevano voler diminuire per lo meno le guarentigie che il diritto e la ragione derivano dalla continua responsabilità del cedente, debitore primitivo, di fronte al titolo negoziabile a chiunque, quando cioè ogni guarentigia personale verrebbe a mancare.

Articolo 153.

Nel caso di non pagamento delle quote ancora dovute sui certificati o sulle azioni, la società ha diritto di far vendere il certificato o l'azione a rischio e pericolo dell'azionista per mezzo di un agente di cambio senz'altra formalità.

Se si tratta di certificati o di azioni nominative, la società può anche agire contro i sottoscrittori e cessionari per il pagamento.

Promossa la vendita, ove non si presentino oblatori, la società dichiara decaduta l'azione, ne lucra i fatti versamenti, salvo i diritti contro il debitore.

Articolo 154.

Dichiarata la decadenza, la società deve inserire immediatamente la relativa dichiarazione contenente i numeri delle azioni decadute, nel giornale degli annunzi giudiziari del luogo ove ha la sua sede e di quello ove avesse stabilimenti sociali.

522. a) *L'esercizio del diritto di far vendere le azioni in ritardo è facoltativo.*
b) *Sino a qual punto è facoltativo il modo dello esercizio.*
c) *Se sia necessaria la interpellazione del debitore.*
d) *Dei fatti giudiziali susseguenti alla vendita.*
e) *Del danno derivante dal procedere illegittimo della società.*
f) *Della decadenza.*
g) *Come si proceda verificandosi il caso della decadenza.*
h) *Esercizio di diritti contro il cessionario di titoli nominativi.*
i) *Cessione delle azioni industriali.*

523. *Dei diritti dei cessionari in relazione a quelli dei loro cedenti.*

522. Gli statuti delle società anonime sogliono sempre regolare le contingenze delle quali si occupano i nostri due articoli.

La formula più consueta dichiara che in difetto di versamento, alla scadenza, i numeri dei titoli in ritardo sono pubblicati; quindici o venti giorni appresso la pubblicazione, la società ha il diritto di far procedere alla vendita delle azioni alla Borsa, a rischio e pericolo del ritardatario, e senza veruna formalità. I certificati provvisori delle azioni vendute si annullano per conseguenza; e nuovi titoli sono consegnati agli acquirenti.

La società conserva l'esercizio simultaneo degli altri mezzi di diritto.

L'azionista è tenuto alla differenza fra il valore nominale dell'azione e il prezzo ricavato; se ne avanza, il profitto è suo.

Fermiamoci a questi preliminari; più avanti diremo qualche parola sulla *caducità*, come si esprime il testo.

Bisogna riconoscere in questa parte la so-

(1) Vedi però la discussione su questo punto all'articolo 525.

Digitized by Google

vranità dello statuto. Nulla vi ha di essenziale, ossia nulla vi ha che interessi l'ordine pubblico negli art. 153 e 154. A prescindere da ogni regola prestabilita, e non dovendosi che applicare la legge, tornano opportuni i canoni seguenti.

a) *L'esercizio di questo diritto è facoltativo alla società* (1).

La proposizione però non deve riceversi in senso illimitato. Intanto una distinzione. Gli amministratori, nel silenzio dello statuto, non sono vestiti di arbitrio per astenersi e dimorare, dirò così, nella inazione, lasciando maturare le scadenze senza far motto. È debito di ogni amministratore esercitare prontamente i diritti dei suoi amministrati; per loro non è una facoltà. Ma spettando alla società proprietaria il decidersi intorno a ciò, l'assemblea generale darà i suoi ordini (2).

b) *Sino a qual punto è facoltativo il modo dell'esercizio.*

A niuno è inibito di ricorrere alle vie giudiziali; ma la legge impartisce alle società di commercio una facoltà che si ha tutta la ragione di chiamare eccezionale (articolo 153, parte I). Ciò inchiude altresì il giudizio sul proprio diritto. L'amministrazione parte da dati positivi: l'obbligazione; la quota promessa; il tempo della scadenza; il non pagamento all'epoca fissata. Senza decreto di giudice, e *senz'altra formalità* che quella di operare *per mezzo di un agente di cambio* (la vendita sarebbe altrimenti nulla), fa vendere i certificati e le azioni (alla Borsa) al maggior offerente.

c) *Se sia necessaria la interpellazione al debitore.*

Ritenuto che la scadenza del pagamento sia già stabilita, non è mestieri interpellazione (articolo 1223 del Codice civile (3). L'azionista si sottomette alla dura legge accettando l'obbligazione. L'interesse del commercio lo esige. L'agente di cambio è l'ufficiale pubblico che farà fede della regolarità della propria operazione; ma come succede sempre nei procedimenti unilaterali, la società è responsabile di quello che fa, non potendosi con ciò imporre silenzio all'altra parte. Dopo la vendita comincierà la lite.

d) *Dei fatti giudiziali susseguenti alla vendita.*

Perchè il debitore sia costretto a pagare la differenza, dovrà citarsi avanti il giudice di commercio (4). Allora egli porterà i suoi reclami; forse impugnerà il credito per un motivo qualunque, buono o non buono; se ha ragione, la società risarcisce il danno, e or ora vedremo come si misuri.

Intanto è assai meritevole di nota che in nessun caso può annullarsi la vendita, tranne un solo, che l'agente di cambio avesse agito con dolo, e l'acquisitore delle azioni ne fosse partecipe. La vendita fatta al pubblico mercato commerciale da un agente di cambio è sempre legittima; i terzi non possono essere involti in questioni che non li riguardano. Aggiungete un altro riflesso: che non essendo la vendita, che si fa alla Borsa, dominata da formalità legali, da formalità inevitabili, mancherebbe il terreno al quale richiamare la questione della nullità.

e) *Del danno che consegue dal procedere illegittimo della società.*

Le azioni sono vendute a pregiudizio di *A.*, e l'acquisitore *B.* è subentrato nel luogo dell'azionista spegliato. Egli ha dovuto pagare le azioni per quanto valevano nel loro totale. La loro portata nominale era, cadauna, di L. 500: cinque azioni si annunciavano nella somma di L. 25,000; ma furono vendute per 20,000. *A.* aveva già pagato sino a L. 10,000: spogliato delle azioni, egli dev'esserne rimborsato; la società però che è in credito di L. 5000 e delle spese, compensa il debito col credito sino alla rispettiva concorrenza.

Ora fingiamo che con quel suo modo di operare la società abbia commesso una grande imprudenza: non potesse fare quello che ha fatto mentre *A.* prova in giudizio che il giorno della scadenza non era ancora venuto, e che

(1) Sentenza del Tribunale di commercio di Torino (Collezione Caveri 1861, II, 581) L'assemblea generale può dichiarare che non si fa luogo alla vendita delle azioni (Ivi).

(2) La società autorizzata dallo statuto a vendere le azioni in sofferenza (ed ora diremo dall'articolo 153), se non ha usato delle sue facoltà, non può ritenere i dividendi: ha diritto però agli interessi del ritardo: ed a compensare i dividendi medesimi col proprio credito (Corte di Parigi, 8 novembre 1865, DALLOZ, *Recueil*, 1867, t. II, p. 21).

(3) « Se l'obbligazione consiste nel dare o nel « fare, il debitore è costituito in mora per la sola « scadenza del termine stabilito nella convenzione ».

(4) La competenza sarà determinata dal *valore della domanda;* cioè dalla somma che rappresenta la differenza fra il prezzo ritratto dalla vendita e il debito che restava a pagarsi sull'azione.

La società *dovrà citare*, si disse; ma se fosse in debito di restituire all'azionista cessato somme da lui pagate, potrebbe fare una compensazione (vedi alla seguente lettera e).

Digitized by Google

egli aveva già preparati i fondi al tempo debito. A quali conseguenze rimane esposta la società? Eccole. Deve restituire le L. 10,000; indennizzarlo del dividendo che nell'intervallo si fosse verificato; indennizzarlo altresì dei lucri futuri che ha perduti. Un esito incerto diventa certo nel momento nel quale bisogna adempire alla obbligazione del danno; la società può perire; non importa: in quel momento si presume lucrosa sino al termine, e non si guarda che all'evento felice. *Damnum probabile;* e infine il rischio della impresa si carica a chi ha il torto di essersi messo in quella condizione, senza speranza di riscattarsi se l'effetto non corrisponde.

f) Della decadenza.

Si dice *azione decaduta* quella che cessa di esistere e viene espulsa dall'emporio sociale con tutti i vantaggi e le speranze. Si direbbe un'azione soppressa. La vendita, siccom'è chiaro, non produce che il trapasso; surroga un azionista ad un altro. L'azione è decaduta quando non si può vendere *per mancanza di oblatori;* avvertite a questo. La differenza del prezzo, sia pure enorme, non arresta; se l'agente di cambio, fatte tutte le diligenze che sono un dovere del suo ministero, non può vendere che 50 un'azione che ne valse 500, vada. Ma quando un'azione non trova oblatori, bisogna proprio dire che l'impresa moralmente è fallita. Tutto il peso allora piomba sul capo del misero debitore. *A.* perde le 10,000 lire che ha versate; ne deve ancora 15,000 (1), e ogni speranza di futuro guadagno è perduta. È il tremendo decreto dell'articolo 153 (capoverso ultimo).

g) Come si proceda verificandosi il caso della decadenza.

Nel citato periodo vi ha una frase che dice — *la società dichiara la decadenza.* Che significa? Questo, senza dubbio, che la società non può ritenersi investita di tutti quei diritti che sono venuto enumerando, col solo fatto del tentativo inutile alla Borsa. La società deve fare una *dichiarazione.* La dichiarazione, a mio parere, deve farsi alla cancelleria del Tribunale di commercio; e spedita copia autentica dal cancelliere, notificarsi al debitore. Siamo entrati in una nuova fase che il debitore non poteva prevedere; alla quale non ho potuto acconsentire in precedenza; che lo spinge in una condizione assai triste. Deve fargliisi il mezzo di ripararvi. Forse si è scelto un cattivo momento: uno di quegli istanti di scoraggiamento, di quel panico, come suole chiamarsi, che tormenta il commercio come le persone nervose. Forse, neppur questo è impossibile, qualche maligno ha sviato i compratori per far l'interesse della società a maggior danno del debitore. La dichiarazione deve prefiggere un termine congruo a soddisfare il debito; non facendolo, il debitore può richiederlo al Tribunale. Egli stesso può, nel termine, negoziare l'azione e provvedere ai casi suoi.

h) Esercizio di diritti contro il cessionario di titoli nominativi.

Così limitato questo diritto, non si estende contro i portatori dei titoli all'ordine; e vedi bene, lettore amico, che se ne può condurre un grande argomento a favore della interpretazione che io ho data dell'articolo 152. Se la società non potesse agire contro il cedente, per virtù dell'articolo 152; se non può agire contro il cessionario per ragione dell'art. 153, a chi dovrebbe chiedere il pagamento residuo dell'azione?

« Le droit de la société à se pourvoir contre « le souscripteur primitif n'est jamais un obstacle à ce qu'elle s'adresse personnellement « au porteur actuel de l'action. La possession « du titre détermine l'obligation de payer tout « ce qui est encore dû à la société. L'action « pour en contraindre l'exécution est donc « recevable et fondée » (BÉDARRIDE, n° 299).

Il primo capoverso dell'articolo 153 ha consacrato questa massima. Il possessore del titolo opporrà indarno di averne pagato interamente l'importo nelle mani del girante. Non doveva pagarlo; doveva informarsi se la obbligazione fosse soddisfatta; ciò era della più volgare prudenza.

Allorquando l'azione è ceduta, e la cessione è stata trasportata nei registri della società *simpliciter* e senza riserva, è tolto, come io penso, di procedere per via di vendita dell'azione. La società non perde i suoi diritti al pagamento, nè rinuncia quelli che ritiene contro il cedente; ma rinuncia al diritto di far vendere l'azione, senza prima interpellare il cessionario che può integrare il pagamento dovuto. La società può *anche* agire, ecc., dice la seconda parte dell'art. 153; e questo accrescitivo si spiega avvertendo che, oltre l'azione personale, la società può esercitare il diritto reale, facendo alienare il titolo a proprio profitto. Ma se esiste un cessionario riconosciuto (2), ragion vuole che prima sia ricercato del pagamento;

(1) Vedi l'esempio al numero precedente.

(2) [illegible] nome del possessore del titolo nominativo, senza [illegible] per paga-

che gli si faccia assegnare un termine a pagare, colla comminatoria della vendita del titolo secondo l'articolo medesimo.

L'esercizio del diritto del pagamento può anch'essere simultaneo; possono citarsi entrambi e con effetto solidale (articolo 90), il cedente e il cessionario.

Se il titolo è al portatore, questi, puro terzo, non trae con sè veruna obbligazione precedente; nessun legame col passato, e nessuna responsabilità. Da ciò quell'andar lento e riguardoso, e quelle cautele che la legge va immaginando prima di permettere l'emissione dei titoli al portatore.

i) Cessione delle azioni industriali.

Le azioni date a corrispettivo del concorso industriale nella società sono negoziabili come ogni altra; ma distinte che siano colla epigrafe che le discerne dalle azioni di capitale, è chiaro ch'esse offrono un valore minore e molto più incerto, non essendo ammesse, come si è detto altra volta, che alla partecipazione degli utili, eccettuati patti speciali. La società suole cautelarsi mediante il deposito di codeste azioni (V. il n° 468), almeno sino al punto nel quale siasi prestata l'opera più interessante e principale. Due vantaggi si annettono a tale cautela: si prevengono le tristi manovre dell'aggiotaggio, a cui si presta la materia nella sua incertezza e l'ordinario bisogno degli industriali; si evita quello stato di scoraggiamento in cui sogliono cadere dopo tale alienazione, che li rende meno abili e meno pronti al lavoro (BÉDARRIDE, n° 308).

523. È d'uopo estendere alquanto il discorso intorno ai cessionari e successori degli azionisti, ed esaminare in quale posizione vengono a trovarsi rimpetto alla società.

Il successore non può avere maggiori diritti del proprio autore; ma può averne di meno. Conviene adunque conoscere primieramente quali siano i diritti dell'autore; indi se tutti i diritti di lui siano stati trasferiti nel successore.

Anche nelle società per azioni abbiamo i soci capitalisti, i veri fondatori della società. Fatta la massa del capitale, esso si divide in azioni; e i capitalisti assegnatari d'azioni sono i proprietari d'origine, in misura proporzionale al numero delle azioni che ricevono, come più volte si è detto. A fianco a loro vengono i soci industriali, i cui diritti, generalmente parlando, si restringono ai profitti; e fu pure spiegato a suo luogo.

Se lo statuto sociale non porti restrizioni ai diritti degli azionisti, il loro carattere generale *è la comproprietà* dei capitali che costituiscono il fondo della società. « Che è in effetto, disse MERLIN, un'azione in una manifattura, sia di armi, sia di cristalli o di ogni altro oggetto? *È una parte della proprietà di tutto ciò che compone la manifattura medesima*, vale dire dei mobili, degli strumenti, degli utensili, delle materie greggie, degli oggetti lavorati, dei fondi di cassa, dei crediti e delle obbligazioni, infine del sito e degli edifizi » (*Répertoire*, v° *Action*, § 1).

Non è difficile comprendere che i *locatori di fondi* (*bailleurs de fonds*) hanno nella società una posizione diversa: benchè apportatori di capitali, non sono soci; e il loro diritto si restringe agl'interessi e alla restituzione, al fine della società, delle somme prestate; di tale natura è il loro contratto.

Perciò i locatori di fondi si considerano come creditori, e non sono in effetto che creditori che hanno azioni personali contro la società, non reali per titolo di comproprietà, quantunque possano averne per titolo d'ipoteca.

La voce attiva nelle deliberazioni sociali è naturale prerogativa del socio; non necessaria. Allo statuto però è lecito dichiarare, senza ledere la qualità di socio, che una certa classe d'azionisti non dovrà aver parte nelle deliberazioni per un motivo qualunque. Nell'atto pratico, gli azionisti che vi presero parte col consentimento dei consoci, non possono considerarsi che soci effettivi, e per conseguenza comproprietari (1). Vero però, come si diceva, che la voce attiva nelle deliberazioni non è una condizione assoluta dell'essere di socio (2).

Ora è positivo che i cessionari sono o comproprietari o creditori, se e come lo siano i loro cedenti: ma quando avranno diritti minori?

Lo statuto sociale e il patto della cessione ci daranno norme da osservare. Qualche volta gli statuti provveggono che i cessionari di azioni non avranno parte nella amministrazione. Non è raro che in luogo di una vera e

---

menti non eseguiti; nel qual caso il cessionario sarebbe diffidato nell'atto stesso, e in tempo di ritirarsi: ad ogni modo in facoltà di evitare le conseguenze che gli sono minacciate, pagando.

(1) È questo uno dei più forti argomenti di cui si valse MERLIN nella celebre controversia fra gli eredi e creditori di Sevilly con Fénis Saint-Victor decisa dalla Corte di cassazione francese nel 1° ventoso, anno X (luogo citato).

(2) Come sancisce la decisione indicata nella precedente nota.

propria cessione non si abbia che un'associazione fra il socio e un terzo; un diritto di partecipazione (1). Allora è che il successore non è investito dei diritti dell'autore e non può esercitarli che a misura che in lui furono o poterono essere trasmessi.

SEZIONE VIII.

Delle forme dei contratti di società.

Articolo 155.

Il contratto di società dev'essere fatto per iscritto.

Se trattasi di società in nome collettivo ed in accomandita semplice, la mancanza dell'atto scritto non può essere opposta ai terzi che hanno contrattato in buona fede con una società notoriamente conosciuta.

524. *Cenni storici.*
525. *L'atto pubblico non è prescritto per veruna società commerciale. La prova che risulta dalla scrittura privata è meno sicura; e come l'inconveniente non abbia quella gravità che si potrebbe credere.*
526. *Del diritto che hanno i terzi di ritenere esistente, nel loro interesse, una società non fatta per iscritto; in quali casi e con quali requisiti.*
527. *Perchè non abbia luogo rapporto alle società per azioni.*

524. La società fu in origine un contratto consensuale (2). Stracca, testimonio autorevole delle consuetudini italiane, colla voce della Rota genovese, ci assicura, che in quel buon tempo antico la parola dei contraenti e le loro scritturazioni nei libri della professione, formavano tutta la prova. E non andate a cercare in altri paesi forme diverse, poichè allora l'Italia dettava leggi al mondo commerciale. L'Ordinanza di Blois del 1579 che stanziò doversi gli atti della società redigere per iscritto e pubblicarsi, non ebbe altro scopo che di tutelare gl'interessi francesi, secondo ci è narrato dagli scrittori di quella nazione, contro l'arroganza e la frode degli stranieri, specialmente italiani, essendo allora povera di commercio la Francia; ed ivi in fatto di malizie e di frodi noi abbiamo sempre goduto una certa celebrità. Quella legge fatta per gli stranieri si trovò utile applicare agli stessi Francesi, come testualmente dichiara l'Ordinanza del 1629 (*Code* Michaud): legge acerbamente combattuta dai Parlamenti, e rimasta per lungo tempo lettera morta.

Veramente non si era pensato con questa legge di organizzare le società commerciali, ma si voleva accertare il tempo delle contrattazioni col registro; indi la necessità della scrittura. La prescrizione assoluta e il concetto regolatore origina dalla Ordinanza del 1673. L'articolo 1 del libro IV vieta ogni assunto testimoniale contro ed oltre la scrittura, e ciò per ogni società: la produzione dell'estratto alla cancelleria del giudice consolare e la pubblicazione è ordinata per le mercantili.

L'esperienza ha giustificata la saggezza di quegli ordinamenti. Il Codice di commercio francese (articoli 39, 40) prescrisse l'atto pubblico alle società anonime; permise che le società in nome collettivo e in accomandita si facessero con atto privato. È noto che soltanto le società anonime dovevano essere autorizzate dal governo; e parve che a tanta fazione un atto pubblico si convenisse. Come poi il Codice di commercio albertino imponeva l'autorizzazione sovrana e per le società anonime e per quelle in accomandita a capitale diviso in

(1) Come dichiarò la Cassazione di Torino nel 12 luglio 1867, a mia relazione (*Giurisprudenza italiana*, Bettini-Giuriati, tom. XIX, pag. 456).
(2) Leg. 4 Dig. pro socio.

Digitized by Google

azioni, per entrambe l'atto pubblico era prescritto dall'articolo 49.

LOCRÉ tentò di esprimere la ragione delle maggiori cautele preordinate alle società anonime. « L'acte des sociétés anonymes n'étant « pas signé par les actionnaires, mais par ceux « qui forment l'entreprise, il eût été très-dan« gereux de permettre à ces derniers de ne « faire que des actes sous seinge privé: ou « leur eût donné la facilité de changer la con« dition de tous ces porteurs d'actions ». La critica non si persuase delle ragioni di LOCRÉ. La convenzione delle società anonime è constatata da tali solennità che meno di ogni altra esigeva l'assicurazione di un atto pubblico. La disposizione dell'articolo 40, si disse in coro, non risponde a verun bisogno. Il nostro Codice ha abbandonata questa scrupolosità eccessiva.

Ordinando lo *scritto*, la legge commerciale ha forse voluto mantenere il diritto della *scrittura privata* qual'è divisato nell'articolo 1320 e nei seguenti del Codice civile? Potrebbe allora notarsi come inconveniente, la facoltà di impugnare la scrittura, e la mala sicurezza che ne deriva alla stabilità delle convenzioni sì nel rapporto dei soci che dei terzi.

La legge di commercio non ha per istituto la sistemazione organica delle prove: essa le adatta a' suoi fini; le sceglie, per così dire; allenta o stringe il freno fra l'esigenza dell'ordine e della libertà: ma infine le prove le accetta secondo la estimazione che ne vien fatta dalla legge civile. Non presentando la scrittura privata la guarentigia della forma (1), la verità della soscrizione, e quindi del prestato consenso, resta sempre in problema. Anche la verità di una scrittura sociale potrebbe dunque impugnarsi in ogni tempo, se fatti solenni, che scaturiscono dallo stesso sistema, non si aggiungessero a suggellare la stessa scrittura colla impronta del vero.

Fintantochè la società non è coronata di quelle formalità che la fanno essere nel cospetto del pubblico, possono aversi impegni personali, obbligazioni anche di carattere sociale (2); ma la società commerciale che si ebbe in animo di stabilire nelle convenzioni preliminari, non esiste ancora. Se in quel tempo si scopre che una firma è stata falsificata, l'impugnazione della scrittura non produce disordine negli affari sociali appunto perchè ci troviamo ancora sul terreno preparatorio. E dopo la pubblicazione? Dopo che i nomi, cognomi e residenze dei soci responsabili furono promulgati sino a togliere la possibilità della ignoranza nel più stupido cretino? Se il sig. *A. B.* non reclama prontamente contro l'usurpazione del proprio nome, se invece fa atti d'adesione in un modo qualunque, la impugnativa della scrittura potrà tornargli inutile. Supposto che egli non l'abbia sottoscritta, il suo consenso non mancherebbe dopo tanti segni di approvazione. Vi sarebbe sempre della difficoltà per accogliere il suo sistema; e infine la verità ha tempo di manifestarsi. Gl'inconvenienti adunque che si preveggono, sarebbero assai tenui sotto questo rapporto; e *de raro contingentibus*, la legge non potrebbe occuparsi, mentre l'obbligo dell'atto pubblico sarebbe veramente assai grave.

526. L'articolo 155 pone una differenza fra società in nome collettivo e in accomandita semplice, e in quelle per azioni, che merita esame.

Trattandosi delle società del prim'ordine, *la mancanza dell'atto scritto non può essere opposta ai terzi*..... e per converso potrà esser loro opposto nelle società della seconda maniera.

Il non opporre la *mancanza dell'atto scritto* importa che, malgrado questo, i soci sono obbligati, come tali, verso i terzi di buona fede, la quale materia abbiamo avuto occasione di percorrere ai numeri 412, 413, 414 e 394; non vogliamo ripeterci. Solamente, conviene avvertire con DELANGLE (*Sociétés*, n° 517), e con BÉDARRIDE (n° 354), che i terzi dovranno assumere la prova dell'esistenza delle società. D'accordo fin qui. In qual modo non è facile a dire.

Si offrono quattro ipotesi: 1° che le obbligazioni siano accettate personalmente da più individui che si dichiarano soci; 2° che siano accettate senza dichiarare tale qualità; 3° che il titolo dell'obbligazione sia stilato colla formola sociale, cioè *sotto una ragion sociale;* 4° che un solo accetti una obbligazione commerciale, senza nulla esprimere di rappresentanza sociale.

Qual'è l'interesse dei terzi in tutto questo? Eccolo. Che coloro che si sono verso di essi obbligati personalmente, siano nella loro obbligazione solidali. Che non apparendo che un solo obbligato, sia possibile di raggiungere anche quei soci che non assumono personalmente la obbligazione.

(1) Toltone il caso dell'articolo 1323 del Codice civile.

(2) Come si espose nel num. 411 e 412, e sarà avvertito ancora all'occorrenza.

Digitized by Google

Ben guardando, quando si ritenga la obbligazione commerciale, che è la ipotesi nostra, il fine della solidarietà è ottenuto tanto nel primo che nel secondo caso (1). Rimangono disputabili gli altri due.

Forse perchè *C.* si è firmato come gerente di una ragion sociale, il fatto suo obbliga immediatamente *D.*, *E.* ed *F.* che non si mostrano, ma si credono celati sotto il velo della formola? No, certamente. La giustizia deve curare un duplice e opposto interesse; quello del creditore, e quello di pretesi coobbligati che ancora non risultano tali. Diremo di questi ultimi. Noi supponiamo la inesistenza dell'atto sociale nel quale si leggano i loro nomi. *C.* può essere un destro fante che, per accreditare la sua firma, ha simulato di portarsi dietro dei soci; suppongo anzi li abbia nominati. La sua asserzione però non li obbliga. È il caso in cui il creditore deve provare che i nominati sono veramente soci. Rispetto alla quarta ipotesi, è manifesto, che il creditore deve fare la prova della esistenza di soci; stabilire che *C.* agiva come loro gerente, e che ha dissimulato con inganno; o pur anche si è omessa la formula perchè ambedue le parti erano persuase che non importasse, avendo in ogni modo voluto *C.* obbligarsi come gerente, e non soltanto nel suo nome personale.

Ciò pertanto che l'articolo permette si è, la facoltà di provare l'associazione, negando ai soci la eccezione della verbalità.

È fuori di dubbio che i terzi possono valersi di qualunque mezzo di prova; d'interpellazioni giudiziali come di argomenti; di confessioni come di testimoni (articolo 92).

La legge però indica due requisiti — *buona fede — società notoriamente conosciuta*. Che inferirne? La *buona fede* è forse, nel senso della legge, il prodotto della notorietà, per cui non si vorrebbe riconoscere buona fede nel creditore se la società non fosse *notoria?*

Buona fede in questo caso è l'opinione ragionevole della esistenza della società; è il sentimento che fu nel creditore di obbligare con *C.* anche *D.*, *E.*, *F.*; quelli ch'egli aveva fondato motivo di credere soci del sig. *C.* È per avventura un po' troppo vibrata quella frase — *notoriamente conosciuta* — quasichè una società che si ha interesse di occultare, e si occulta difatti finchè si può, non potesse rivelarsi per mezzo di prove che mettano in aperto la frode di quell'aggregazione insidiosa! La espressione non fu ben pesata, io credo; ma il suo spirito non è meno evidente. Deve bastare che all'animo del creditore si presentasse chiaramente l'idea che vi erano dei soci; egli ne aveva legittimi argomenti; egli aveva veduta la loro corrispondenza; ispezionati i loro libri; oppure conosceva assai bene la qualità degli affari che facevano insieme; gli era noto che i materiali ch'egli somministrava dovevano servire alle costruzioni nelle quali erano cointeressati; che le merci da lui vendute arricchivano il negozio che quei signori esercitavano in società occulta. Insomma ciò ch'era ignoto a molti altri, ed anche all'universale, era noto a lui; e questa sua cognizione individuale era certamente *buona fede* in lui, opinione fondata e legittima.

527. Le società per azioni sono fuori della disposizione del nostro articolo. Per esse la scrittura è cosa essenziale; e quindi in difetto di tale requisito non possono dedursi obbligazioni sociali, qualunque sia il fatto o l'obbligazione che si possa allegare da terzi.

La conclusione si spinge anche più oltre. Se ci fosse lo scritto, se il programma della società fosse stato firmato, nondimeno la società non avrebbe esistenza prima dell'autorizzazione governativa (V. l'art. seguente). Niuno quindi può credere che in tale stato di cose una società esista, nè pensare di obbligarla. E come si potrebbero obbligare personalmente uomini che quando saranno costituiti in società, non esporranno che i loro capitali, e non mai le loro persone?

Ciò non toglie che non vi abbiano impegni individuali, sia pure coll'intendimento di preparare materiali e di fornirne l'impresa che si viene maturando; ma non sono che personali.

Articolo 156.

La società in accomandita per azioni e la società anonima non possono esistere se non sono autorizzate con decreto reale e se non è in pari modo approvato l'atto di loro costituzione.

528. ***Relazione alla Camera dei deputati. Motivi dell'autorizzazione governativa in fatto di società per azioni.***

(1) Nel primo, perchè si dissero soci; nel secondo, perchè i coobbligati commercialmente lo sono altresì solidariamente (articolo 90).

Digitized by Google

529. *Delle operazioni che possono aver luogo nell'intervallo che si frappone dall'atto sociale al decreto di autorizzazione, e dei principii che le governano.*

530. *Benchè possano costituirsi rapporti obbligatorii fra i soci, e dei soci coi terzi, sono giudicati nulli gli atti in quanto non siano conformati a quelli che sono caratteristici e peculiari delle società azionarie, e ne suppongano falsamente la esistenza legale.*

531. *Oggetto dell'autorizzazione governativa. In qual tempo si ritiene operativa.*

---

528. I due contrari sistemi, l'uno dei quali propugna l'utilità se non la necessità dell'intervento governativo nelle società azionarie, e l'altro la combatte, lottarono anche questa volta; la vittoria restò, com'è noto, ai conservatori, ma se ne fece l'uso il più moderato. La relazione della Commissione, presentata alla Camera dei deputati nel 18 dicembre 1862 da uno dei più eloquenti oratori del Parlamento, toccava storicamente dei due sistemi, e si pronunciava contro quello della tutela governativa, che chiamava irrazionale. Adduceva il solito argomento, che il governo è sempre un cattivo amministratore, un tutore incapace, le discipline essere di mera apparenza; i commissari che si eleggono, per lo più non pratici, disattenti, proclivi a lasciar fare. Che il Codice di commercio del 1807 fu inspirato dal protezionismo e dalle idee colbertiane. Che la esperienza mostrò che gli abusi non cessarono; ne fa la triste istoria TROPLONG: un protezionista! La Legge del 23 luglio 1856, una reminiscenza dell'antica commenda, nota col nome di *paccotiglia*, assai limitata nella sua origine (1). Fatto è che le società in accomandita per azioni (sciolte dalla tutela del governo) si erano fuor di misura moltiplicate in Francia a scapito delle anonime, per effetto, come si credeva, della libertà di cui godevano. Le opposizioni contro le tendenze illiberali del governo furono vive e continue. È noto che nel 1838 il governo si disponeva ad abolire nell'accomandita le azioni al portatore; la opinione pubblica si sollevò (2) e fece abortire il progetto. Nè miglior sorte ebbe quello del 1851, benchè d'iniziativa parlamentare. Nel 1856 il progetto del Consiglio di Stato si proponeva, relatore DUVERGIER, di conciliare in giusta misura la repressione degli atti abusivi colla libertà delle contrattazioni. I Codici stranieri erano richiamati, consultati; nulla fu omesso in quella splendida Relazione. Le idee propostevi passarono pressochè tutte in legge: meno una; l'emancipazione assoluta dalla ingerenza governativa (3).

La Relazione ministeriale, preliminare al Codice, espone i motivi che determinarono il Parlamento all'adozione dell'art. 156: « Non « è paruto il tempo, ivi si dice, di scemare, « bensì di aumentare le difese contro somi- « glianti pericoli (già tratteggiati avanti); e « però non si è dubitato di estendere la ne- « cessità dell'autorizzazione governativa anco « alle società in accomandita *per azioni nominative* ». La disposizione dell'articolo 47 del Codice albertino fu trovata insufficiente.

Io ho sempre professato che la vera libertà consiste nel pieno esercizio delle naturali facoltà sino al punto di non nuocere alla libertà altrui. La legge modera le libertà individuali a servigio della generale. Il Parlamento ha fatto così, ed ha fatto bene, conservando, ampliando, ove occorresse, il soggetto dell'intervento governativo. Bruciare ancora qualche grano d'incenso alla libertà alla quale tutti aspiriamo, ben potevano i valenti oratori; ma per convincere il Parlamento, occorreva dimostrare prima di tutto che l'azione governativa era per lo meno inutile. E come dimostrarlo, se la razza degli speculatori ingordi non è ancora finita; se le risorse delle frodi non sono ancora esaurite? Che il governo non debba e non sappia amministrare per gl'interessati, e quasi sostituirsi a loro, possiamo trovarci d'accordo. Di-

---

(1) FRÉMERY, *Erud. commerc.*, Leggi fiorentine del 30 novembre 1408.

(2) WOLOWSKI, *Des sociétés par actions;* COURCELLE-SENEUIL, *Traité des entrepôt industr.;* RESTELLI, *Della influenza delle associazioni industriali e commerciali sulla prosperità pubblica.*

(3) MITTERMAIER, nell'encomiata sua monografia, *Della società in accomandita per azioni*, che piacevolmente appella *di natura ermafrodita*, non sembra molto inchinevole all'assoluta libertà; ma pratico sempre e positivo, accenna alle cause per cui la legislazione francese venne traendo al rigore nel 1836. Ricorda lo scandalo dell'affare Mirés. Traccia la storia dell'ultimo tempo della legislazione inglese. La severità invalsa nel 1835; le riforme successive e l'immenso slancio delle società azionarie; le leggi del 1862 composte a maggior libertà. In effetto oscillazioni e contrasti dappertutto intorno a questo problema sociale della più alta importanza.

Digitized by Google

chiaro inoltre, per conto mio, che le cautele più rimarchevoli e le discipline più importanti, denno essere scritte nella legge, e sottratte quindi all'arbitrio amministrativo: ma dopo questo, l'autorizzazione governativa ha un doppio grado di utilità: aggiunge, nell'interesse del vero e del giusto, un esame imparziale delle basi primitive e fondamentali della istituzione: avvalora la pubblica fiducia. Sarà felice il tempo in cui potremo farne senza!

529. Intanto dal progetto di formare una società sino alla sua costituzione legale, corre un certo intervallo; e giova sapere a quali principii giuridici le transazioni fatte in quel tempo debbano coordinarsi.

Le *leggi generali* dell'associazione, lo statuto, e con essi le leggi civili comuni, governano questo stato di cose.

Spieghiamoci.

Anche prima dell'autorizzazione del governo esiste un'associazione che può avere i suoi effetti giuridici. E può averli sì in ordine ai soci, che in ordine ai terzi.

Non è improbabile che i soci, in pendenza dell'autorizzazione, che non dubitano di ottenere, si muovano; facciano dei contratti, degli acquisti, direttamente o per mezzo di mandatari. In tal guisa la società comincia a funzionare, prima del tempo se vuolsi, ma in modo da far riconoscere all'esterno la propria esistenza. E questo può avvenire in due maniere: o per fatti personali, o per rappresentativi; e i terzi possono accedere al negozio coll'animo di obbligare soltanto la persona del promittente; o anco di obbligare le persone dei soci che non si mostrano, ma possono leggersi sufficientemente sotto il nome di un rappresentante.

Per tale rapporto adunque siamo in condizione niente diversa da quella che abbiamo segnalata esaminando l'articolo precedente. Per ossequio a quell'articolo, diremo soltanto, che la *scrittura* deve per lo meno esistere, onde si possa ritenere una qualunque obbligazione sociale rispetto alle società di quest'ordine. Diversamente non ci saranno che le obbligazioni personali di coloro che convennero coi terzi (1).

Lo stesso statuto sociale, benchè non sanzionato dal governo, benchè non pubblicato nelle forme, potrà esercitare una tal quale efficacia sulle obbligazioni costituite verso terzi di buona fede. Non si darà mai a questi associati, sia pure di un giorno, il potere di abusare della loro situazione precaria. Non si permetterà mai ch'essi dicano: noi non eravamo legalmente costituiti; le nostre obbligazioni non hanno valore. Se le leggi della vostra associazione erano conosciute; se si sapeva che il sig. *T.* era l'amministratore designato; se si vede il signor *T.* agire scopertamente in tale qualità, come non si direbbero da lui obbligati i soci, specialmente quando si abbia motivo di credere ch'essi vi abbiano prestata adesione? In un caso però, io ritengo, non sarebbero obbligati dal fatto suo: se si dimostrasse ch'egli operò di solo proprio moto, e contro la volontà stessa dei soci. Dissi perciò, che lo stesso statuto potrebbe non essere senza efficacia sulla buona fede dei terzi; potrebbe invocarsi ad argomento di mala fede degli associati, senza pretenderne la esecuzione letterale, e per ragione della sua stessa esistenza.

Nulla dirò delle leggi comuni garanti della moralità degli atti civili e delle convenzioni.

Portando l'applicazione di questi principii sino alle estreme loro conseguenze, può comparir lo spettacolo strano di una società caduta in fallimento prima di costituirsi. L'esempio chiarisce l'idea. Dieci persone si accordarono per formare una società per azioni all'oggetto della navigazione. *C.*, gerente, e che ora vuolsi chiamar mandatario, mentre si aspetta l'autorizzazione, fa fabbricare in Inghilterra un certo numero di navigli, i quali, veleggiando per l'Italia, sono inghiottiti dalla tempesta. Si avrà un bel dire che la società non è stata autorizzata. A chi opporranno costoro una tal eccezione? All'armatore inglese, che nulla mai ne seppe, e soltanto ebbe in corrispettivo delle obbligazioni firmate dal signor *C.* sotto nome sociale? Evidentemente gli opponenti sareb-

(1) Voglio dire che in fatto di società azionarie essendo la scrittura necessaria *ad ogni effetto*, niuno argomento che *a tal genere d'associazione* abbia rapporto (invito l'attenzione su questa frase), potrebbe allegarsi neppure dai terzi.

« Considérant que si la loi frappe de nullité les « sociétés anonimes qui n'ont été ni publiées, ni « autorisées, cette nullité ne peut rétroagir; que « son effet doit se borner à rendre chacun des as« sociés sa liberté avant le terme convenu; et qu'il « serait contraire au droit et à l'équité que par un « vice de forme, quelque grave qu'on le suppose, « quand d'ailleurs l'objet de la société est licite, « les stipulations loyales, et le contrat l'ouvre d'un « consentement éclairé, l'un des associés peût exi« gèr que le partage et la liquidation de la société « *fussent réglés d'après d'autres clauses que celles du* « *contrat écrit*... » (Corte di Caen, 7 agosto 1844).

bero respinti colla eccezione del dolo. Che avviene se i soci non pagano o non possono pagare? Il fallimento è inevitabile.

Gli stessi principii nel punto di vista dei soci fra loro. Se non che le leggi loro proprie, quelle che si sono fatte certamente per non violarle in qualunque condizione anche transitoria della loro società, potranno più facilmente invocarsi nei loro rapporti interni (1).

530. Ho detto *leggi generali* dell'associazione, e non ho detto leggi caratteristiche e peculiari della società per azioni.

Prego di ben rimarcare questa divisione profonda. Il peculiare e caratteristico comincia dalla emissione delle azioni, e procede svolgendosi per lo sistema dettato largamente del Codice. Quelle operazioni, quei termini di legalità, tutto quello insieme distingue e specifica le società azionarie; e non può attivarsi nè operare legalmente sino alla sanzione governativa e al complemento di essa, che è la pubblicazione. Valga per molte parole l'esempio che segue. Decise la Corte suprema di Francia che la negoziazione di azioni o di certificati di azioni da cambiarsi a suo tempo in titoli definitivi prima che la società anonima fosse costituita, ebbe causa illecita, contraria all'ordine pubblico: è priva di ogni effetto giuridico. Nullo ugualmente essere il pegno dato ad assicurare la convenzione (2).

A quest'ordine d'idee può riferirsi la singolare ma sapiente espressione di TROPLONG: « Les qualités qu'il donne (le pacte social) ne « doivent pas être transformés *en qualité gra« vantes prises d'un autre ordre d'associa« tion* ». Questo passaggio ci fa sentire uno stato notevole, e non mai forse dichiarato a dovere, ove il lecito e l'illecito confinano, e la facoltà viene, per così dire, a urtare colla inibizione.

Non abbiamo potuto a meno di riconoscere che obbligazioni giuridiche ed efficaci s'incontrano, eziandio non formalmente costituita la società *sui generis*, che dicesi per azioni. Ma si è pure stabilito che tali obbligazioni discendono dalle leggi generali e non dal diritto speciale e proprio di quell'istituto. La specie osservata da TROPLONG era questa. L'azionista che ha versato il prezzo delle azioni in mano a quel tale ch'era incaricato dell'ufficio di cassiere, non potrà comprendere nella responsabilità il direttore, il Consiglio di sorveglianza e simili, come sarebbe la società legalmente costituita. Responsabile è il cassiere; e colui che ha ricevuto la somma; responsabile per legge naturale e civile, indipendentemente da ogni attinenza sociale.

E qui pure ci occorre un riflesso di gran rilievo. In tema di responsabilità, i soci apportatori di capitali di fondo, che poi divisero in azioni, sono ben più esposti che i semplici azionisti che acquistarono porzioni di quel capitale, e s'introdussero nella società col più deciso proposito di non mettere in pericolo che il prezzo dovutone. I soci fondatori, in questo stadio transitorio delle società, si discernono più che mai dai semplici azionisti. Se il soscrittore d'azioni, dice ALAUZET al n° 219, è stato ingannato dai promotori o istitutori che gli fecero credere che la società era già stata legalmente autorizzata, in causa dell'inganno, può ritirarsi dalla società e chiedere la restituzione delle somme versate.

Le spese precedentemente fatte dagli istitutori, soci fondatori e primitivi, che si chiamano e sono preparatorie, per dare si direbbe la prima forma allo stabilimento (a provvedere i primi materiali, dar ordine, per esempio, a certi locali ove gli azionisti dovranno riunirsi per trattare e sottoscrivere le azioni) non cadono di ragione sulla società che verrà in seguito a costituirsi; e restano a carico degli stessi istitutori e non degli azionisti (ALAUZET, *Comment.*, n° 219). Se non che la prima assemblea potrà concedere che tali spese siano trasportate sulla società (Cassazione francese, 1° aprile 1834, SIREY, t. XXXIV, p. 1, pag. 794).

Ma si è soliti distinguere se l'autorizzazione sia accordata o rifiutata. Prescindendo da quanto possa essersi convenuto nell'atto sociale, nel primo caso io non dubito che le spese preparatorie necessarie, fra le quali pongo quelle del decreto, non siano da rassegnarsi al passivo della società, e nell'ultimo risultato ricadere sugli azionisti. Nel secondo caso persisto nella opinione che gli azionisti ne vadano esonerati, salvo patto contrario.

—

(1) « Les conventions que leur irrégularité ne « permet pas d'opposer aux tiers, ne cessent pas « d'être la loi de ceux qui les ont faites dans tous « les cas où le consentement librement exprimé « peut créer un lien de droit » (DÉLANGLE, *Des sociétés*, n° 481, Cassazione francese, 21 giugno 1820, Parigi, 20 febbraio 1819; Tolosa, 16 luglio 1825).

(2) Cassazione francese, 17 luglio 1851 (SIREY, tom. LIV, part. I, pag. 164), Rouen, 8 febbraio 1844. Su questa materia TROPLONG, n° 476; PARDESSUS, *Droit commerc.*, n° 1040 e seg.; DÉLANGLE, n° 483 e seg.; MALEPEYRE e JOURDAIN, p. 278 e seg.; ALAUZET, *Comment.*, n° 219.

Digitized by Google

531. Le investigazioni dell'autorità amministrativa versano principalmente su questi punti: 1° Se le condizioni dell'atto sociale e degli statuti siano conformi alle leggi e ai regolamenti che ne assicurano l'esecuzione; 2° Se l'oggetto della società è lecito; 3° Se il capitale è sufficiente; 4° Se offre garanzie, in ispecialità quando parte di esso dovesse versarsi successivamente; 5° Se le convenzioni relative alla gestione, alla resa dei conti, ai riparti, a quanto altro è più essenziale, siano ordinate secondo la legge (Pardessus, *Droit commercial*, n° 1040) (1).

La data del decreto autorante di regola si retrotrae a quella dell'atto sociale (Pardessus, n° 1042). Alauzet osserva che questa regola non è generale. Il decreto può stabilire la durata della società (se non fu stabilita dai soci) e il tempo in cui comincia. Io non ammetto la retroazione. Se questo effetto fosse il più comune, sarebbe di pericoloso esempio. La società si abbandonerebbe a operazioni precoci aspettando la Reale ratifica; e oltre la sconvenienza, si verrebbero preparando disordini e materiali di liti. Certo essendo che rimpetto ai terzi la società non esiste che dalla data della pubblicazione, che susseguе alla emanazione del decreto, non è possibile che si possa ritenere legalmente costituita la società in tempo anteriore al decreto medesimo. Tutto ciò che siamo venuti osservando rapporto alle obbligazioni che si contraggono per le operazioni condotte nel tempo intermedio, anzichè legittimarne l'abuso, tende a dimostrare che l'abuso non può mai tornare a vantaggio di chi lo commette.

Articolo 157.

La prova testimoniale fra i soci non può essere ammessa contro od in aggiunta al contenuto nell'atto di società, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto prima, contemporaneamente o posteriormente all'atto, quantunque si trattasse di somma o valore minore di lire cinquecento.

532. *Questo articolo trasporta in sè la disposizione dell'articolo* 1341 *del Codice civile, con modificazioni che si spiegano.*

L'articolo 1347 *dello stesso Codice non è mai applicabile in affari di commercio.*

532. Si è trovata irreprensibile la redazione dell'articolo 1341 del Codice civile e trasportata qua con una sola ma importante modificazione. *Non si ammette differenza di somma.* E risponde allo spirito delle due istituzioni che sono d'ordine del tutto diverso.

Risoluto di affidare a monumenti duraturi la custodia delle convenzioni che non siano di esigua somma, il legislatore civile ha posto al fianco della regola la limitazione (2). Sotto il suo aspetto di regola generale, quella legge è stata tolta di mezzo dal Codice di commercio, che tutt'altra disposizione determina nell'articolo 92. Ad un tratto questa estrema liberalità di mezzi probatorii si restringe, si annulla; si passa ad un rigore non compreso dalla legge civile. Ciò che bastò alla legge civile, istaurando una regola generale, non basta più a quella di commercio che ne stabilisce una speciale, applicata a un dato genere di contrattazioni, che *considerato esclusivamente in ordine all'oggetto* non cura della quantità ossia della somma; benchè d'altra parte interessi il legislatore civile che non ha trovato necessario di estendere il rigore alle piccole contrattazioni.

Un altro rilievo appare al confronto dei due articoli. L'articolo 1341 non si dirige ad una classe d'interessati; ha un'applicazione generale e comune: all'incontro il nostro articolo 157 vuole limitata la propria efficacia alle relazioni *fra soci*.

D'accordo pertanto che questa legge non riguarda i terzi, pei quali resta nel suo pieno vigore l'articolo 92.

Restringendo pertanto l'esame nel cerchio delle relazioni fra gli stessi soci, si domanda se sia ammissibile la eccezione portata dall'articolo 1347 del Codice civile: « Le regole so» pra stabilite soggiacciono ad eccezione quan-

(1) L'autore che ho indicato crede che il governo abbia autorità d'ingerirsi anche del personale dell'amministrazione. Oggi può dirsi francamente che ella è una facoltà dei soci e non del governo.

(2) Purchè il valore della convenzione non sia minore di lire 500.

Digitized by Google

« do vi è un principio di prova scritta. Questo « principio di prova scritta risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il « quale si propone la domanda, o da quello « ch'egli rappresenta o che renda verosimile « il fatto allegato ».

La dottrina della Corte di Cassazione (francese) (1), e quella si può dire unanime degli scrittori, è concorde nel dire che, in confronto dell'articolo 1834 del Codice Napoleone, trasportato alla lettera nell'articolo 41 del Codice di commercio, non si può ammettere prova testimoniale neppure avendosi un principio di prova scritta.

La nostra legislazione è conforme alla francese in questa parte, e la conclusione non può esser diversa.

Ed è impossibile concepire che uno scritto, qualunque promessa o dichiarazione contenga, possa parere opponibile all'atto sociale accettato, sanzionato, e pubblicato in forma solenne.

Nondimeno il disposto dell'articolo 1347 del Codice civile, vuolsi avere applicazione eziandio fra soci, nelle seguenti ipotesi: 1° che lo statuto sociale sia stato annullato e con esso la società; 2° che i fatti che si hanno a provare siano anteriori allo statuto, ovvero fuori delle sue previsioni e disposizioni.

Se una società costituita per azioni è dichiarata nulla, i rapporti sociali non sono cessati. Essi possono prolungarsi per qualche tempo, secondo il vario giro degli affari che sono in corso; d'altronde è pur d'uopo regolare quelli che si verificarono in passato, la realtà dei quali non può essere cancellata per virtù di sentenza. L'associazione di fatto e di diritto esiste, avvegnachè non sia di quella specie che si voleva stabilire, e che riteniamo caduta o per difetto di formalità o per altra ragione (2). È questo uno dei casi in cui « la « preuve orale obéit aux principes ordinaires, « et le commencement de preuve la rend « admissible », giusta il dire di Bédarride (3).

Più evidente ancora sarebbe l'applicazione della legge permissiva nell'altra ipotesi sopra accennata, nella quale lo statuto non può essere obbietto d'impugnative e di contraddizioni.

Ma con tutto il rispetto che è dovuto alle notabilità della scienza, mantengo che qui sia nata confusione, e che l'articolo 1347 del Codice civile *non è invocabile in materie commerciali* (4).

La dimostrazione, comunque nuova, mi è assai agevole. O siamo in tema generale di obbligazioni commerciali, l'art. 92 ammette ogni specie di prova, *compresa la testimoniale;* o siamo in casi speciali e proprii dell'ordinamento di commercio, nei quali la prova scritta è necessaria, essa non può essere nè supplita nè integrata (5).

Tenete queste due proposizioni fondamentali. La seconda non ha bisogno di sviluppo: del resto non è messa in disputa. Quanto all'altra, è semplice il vedere che se non è il caso di applicare l'articolo 157, la legge regolatrice delle prove in commercio è sempre l'articolo 92 dello stesso Codice di commercio, che concede nel modo più ampio e illimitato la prova testimoniale. Come adunque si vennero ricercando nel sistema della legislazione civile quei temperamenti per cui si fa grazia alla prova testimoniale, negata in principio, ma accordata quando la luce della verità comincia a spuntare da qualche linea di scrittura, onde non tutta la mole della dimostrazione viene abbandonata ai testimoni? In commercio la prova testimoniale non ha mai bisogno di essere sostenuta dallo scritto.

È dunque in ogni caso inapplicabile la disposizione dell'articolo 1347 del Codice civile.

E ciò pure diremo dell'articolo 1348; poichè nei casi ivi considerati la prova testimoniale è ammessa, *non però quale eccezione nel sistema che la divieta, ma quale emanazione diretta e libera della legge di commercio.*

Articolo 158.

Un estratto dell'atto costitutivo della società in nome collettivo e di quella in

(1) Decisioni del 12 dicembre 1813 e 18 dicembre 1828.

(2) Eccettuato però l'annullamento per *causa illecita;* in quel caso niun rapporto giuridico avrebbe potuto stabilirsi.

(3) Bédarride, *Des sociétés*, n° 347; Délangle, n° 311 (Corte di Parigi).

(4) Che la questione fosse di ammettere la prova orale coll'appoggio *di un principio di prova scritta*, e' si vede chiaro anche dalle seguenti parole di Bédarride: « Puis qu'en *toute matière* le commen« cement de preuve par écrit rend la preuve orale « admissible, *pourquoi ferait-on exception pour les « sociétés?* » E così avanti, sostenendo che *tanto maggior ragione* vi ha di ammettere nelle società commerciali questa combinazione, quanto ivi si è più larghi nelle prove, ecc.

(5) Ricordo gli art. 155, 426, 446, ecc.

Digitized by Google

accomandita semplice deve essere rimesso, entro quindici giorni dalla data del medesimo, alla cancelleria del Tribunale di commercio nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società, per essere trascritto sul registro a ciò destinato, ed essere e rimanere affisso per tre mesi nella sala del tribunale.

Se la società ha più stabilimenti nella giurisdizione di tribunali diversi, il deposito, la trascrizione e l'affissione si faranno alla cancelleria di ciascun tribunale.

Articolo 159.

L'estratto deve contenere:

I nomi, cognomi e la residenza dei soci, ad eccezione degli accomandanti;

La ragione di commercio della società;

L'indicazione dei soci autorizzati a reggere, amministrare e firmare in nome della società;

Il montare dei fondi dati o da darsi per accomandita;

Il tempo in cui la società deve cominciare e quello in cui deve finire.

Articolo 160.

L'atto costitutivo delle società in accomandita per azioni e delle società anonime deve essere depositato, trascritto e affisso per intiero, come pure il decreto reale di approvazione.

Articolo 161.

L'estratto dell'atto costitutivo delle società in nome collettivo e in accomandita, ed un estratto delle società in accomandita per azioni e delle anonime, deve inoltre essere pubblicato nei giornali degli annunzi giudiziari della sede e degli altri stabilimenti sociali, entro un mese dal deposito dell'estratto o dal deposito dell'atto costitutivo alla cancelleria del tribunale.

Articolo 162.

L'estratto deve contenere:

Per le società in accomandita per azioni

Il nome e cognome degli amministratori, la ragione sociale, e l'indicazione dell'impresa;

Per le società anonime

L'impresa che è l'oggetto della società;

La qualità ed il numero degli amministratori, e di quelli che sono incaricati di firmare:

Per le une e per le altre

La data del decreto reale di approvazione;

Il montare del capitale sociale, di quello sottoscritto e di quello effettivamente pagato;

La specie delle azioni, se nominative od al portatore, e, nel caso in cui debbono emettersi in più serie, le serie emesse e le condizioni per l'emissione delle altre;

L'emissione o la facoltà di emettere obbligazioni, se fu stabilita;

Il tempo in cui la società deve cominciare e quello in cui deve finire.

533. *Osservazioni.*

a) *Sul termine dei quindici giorni. Rinvio.*

Digitized by Google

b) *Non si annunciano i nomi dei soci accomandanti.*
c) *Questione che nasce dall'avere erroneamente annunciato nell'estratto come socio responsabile un semplice accomandante.*
d) *Delle società nelle quali occorre produrre l'atto costitutivo.*
e) *Dell'autenticità dell'estratto.*

---

533. *a*) Nel loro complesso le disposizioni qui trascritte abbracciano le formalità necessarie a tutte le specie di società commerciali onde la loro manifestazione sia compita. La materia però è divisa: i primi due si riferiscono alle società in nome collettivo e in accomandita semplice; il quarto misto; il terzo e quinto sono relativi alle società in accomandita per azioni e alle anonime.

In Francia il termine, che pur esso è di quindici giorni nell'articolo 42 di quel Codice, suscitò questioni: la prefissione però di un termine era necessaria. Il silenzio della legge sarebbe la incertezza, il dubbio. O sarebbesi preteso l'adempimento immediato e soffocante delle formalità; o i soci deliberati di costituire legalmente la società, lo avrebbero chiesto all'equità del giudice.

L'articolo 42 del Codice di commercio francese è redatto in modo da render più grave una controversia che non si può dire ancora finita. Si chiude con una dichiarazione di nullità, posto che le formalità proposte non siano osservate. Se i quindici giorni fossero già decorsi, la esecuzione tardiva non sarebbe forse inefficace ad impedire lo esercizio di diritti che si fossero già verificati? Interpretando la legge nel suo spirito, la giurisprudenza non arriva a tanto rigore, appena tollerabile nella severità alquanto draconiana della Ordinanza del 1673. Si diceva giustamente: prima dei quindici giorni, termine facoltativo, voi non potete molestarci; e dopo che le formalità ebbero effetto, ogni nullità è sanata. Si opponeva che tutte queste formalità sono d'ordine pubblico: principio del quale si usa e si abusa nelle pratiche applicazioni. Senza ammettere o negare questo proposto, si additava soddisfatto il voto della legge.

È cosa che noi pure riguarda, e dobbiamo farci attenzione.

La nostra legge non pronuncia nullità. In tale pronunciazione dell'art. 42 vi era della inesattezza. Se niuna formalità si fosse eseguita nel termine dei quindici giorni, sarebbe mancata, a dir proprio, la materia della nullità; a meno che non si volessero colpire di nullità gli atti preliminari dell'associazione, il che non credo fosse nell'intendimento di quella legge. Noi invece troveremo nell'articolo 164 una disposizione meglio intesa: ciascun socio può recedere dalle società. E allora si capisce che, passato il termine, ogni socio può considerarsi liberato dall'impegno e ritirarsi. Ma ciò che rimane ancora disputabile egli è, se il compimento delle formalità successivamente avvenuto abbia coperta la nullità, come dicono i francesi; se possa più farsi luogo a pentimento, come dico io. È un esame che dobbiamo riportare al commento dell'articolo 164.

b) I nomi, cognomi e residenze dei soci devono essere annunciati, *ad eccezione degli accomandanti* (articolo 159).

Fra la imprudenza della pubblicazione e il pericolo della clandestinità, stanziava la Ordinanza del 1673 che per le accomandite dei negozianti l'estratto ne contenesse i nomi; in quelle fatte con altri, rimanessero occulti. Privilegio, ingiustizia, incoerenza erano le doti di quel sistema. *Il montare dei fondi dati o da darsi per accomandita:* ecco l'interesse dei terzi. Se dovranno esercitarsi azioni personali contro gli accomandanti, come più di una volta si è detto, i loro nomi si rilevano dall'atto sociale che potrà escutersi alla occorrenza nelle vie giudiziali. Tutti gli interessi, e persino le suscettibilità, sono guarentiti.

c) Se nell'estratto non è stato annunziato il fondo di un accomandante (articolo 159), sarà egli da tale pubblicazione pregiudicato in guisa che per ciò solo sia divenuto socio personale e responsabile di tutto il debito della società?

Noi partiamo da due punti di fatto: 1° che in realtà quel Tizio sia un mero accomandante e tale risulti dalle tavole sociali, ove pure è dichiarato il *montare del fondo dato o da darsi;* 2° che sia stata senza il consenso suo la pubblicazione erronea che ne fu fatta.

In tali condizioni versava, io credo, la specie giudicata dalla Corte di Douai dell'8 gennaio 1814, e censurata da Délangle (*Des sociétés*, n° 559). Dichiarò quella Corte che, se l'estratto reso pubblico non avesse determinata *la mise de l'associé commanditaire* (riteniamo i termini), non ne conseguitava per assoluto l'obbligo di lui quale socio personale, senza pertanto dissimulare che la sua posizione appariva difficile. Questo principio è approvato da

Digitized by Google

ALAUZET (nº 235), che stima doversi aver riguardo alle speciali circostanze del caso.

Io accetto con tutto l'animo quest'opinione, ma non senza cautele ed avvertenze. In primo luogo è assai diverso che Tizio, di cui nell'estratto venne proferito il nome, sebbene non si proferisca ordinariamente quello del semplice accomandante, è assai diverso, io diceva, che Tizio sia annunciato per errore socio responsabile, o piuttosto socio accomandante, benchè senza la dichiarazione del fondo da lui immesso. In questo secondo caso il pubblico non rimarrebbe un momento in dubbio sulla qualità sua, e non si tratterebbe che di una omissione. Anche da questo lato spunta la questione, ma è un'altra questione. Consiste in ciò, se la pubblicazione sia perfetta; quindi valida o non valida; e se la società abbia nonostante un'esistenza giuridica.

Se però Tizio fu bandito socio *simpliciter* nella schiera degli altri responsabili; se ciò avvenne senza l'adesione nè espressa nè tacita di lui, ma contro la sua volontà, egli potrà far istanza per la correzione dell'editto; e ottenutala sulla base dello statuto, dovrà senza indugio farsene la pubblicazione ai termini dell'articolo 163. Ma badiamo bene; per gli affari che si fossero conclusi, per le obbligazioni contratte dalla società prima della nuova pubblicazione, la sua responsabilità personale e solidale sarebbe effettiva.

Un altro riflesso ancora. Trascorso un certo tempo (apprezzamento di giudice), dopo molte operazioni fatte dalla società sotto il prestigio di quella formola, sarebbe a presumersi il consenso alla denunciata sua qualità, e la difficoltà di cavarsene crescerebbe a dismisura.

d) Per alcune società (enunciate nell'articolo 158) basta l'estratto: per le altre *è l'atto stesso costitutivo della società* che si deposita, trascrive e affigge per intero. Agli annunzi giudiziari non si consegna che un *estratto*, per ovviare al soverchio ingombro (art. 160, 161).

e) In qual modo si comprova l'autenticità dell'estratto?

Non so come sia sfuggito alla redazione. Il Codice albertino lo dichiarava nell'articolo 54. Quel disposto ci porge la norma da seguire, e conviene richiamarlo: « L'estratto degli atti « di società, è firmato per gli atti pubblici da « notai, e per gli atti in iscrittura privata da « tutti i soci se la società esiste in nome col« lettivo, e dai soci solidari e amministratori « se vi è società in accomandita, sia ch'essa « accomandita si divida o non in azioni. Qua« lora alcuno dei soci ricusasse o non potesse « firmare l'estratto, ciascuno degli altri soci « potrà supplirvi presentando al segretario « (cancelliere) uno degli originali della scrit« tura, onde dal segretario stesso ne sia fatto « l'estratto, e questo trascritto nei registri e « affisso alla sala del tribunale ».

Articolo 163.

In tutte le dette società devono risultare da espressa dichiarazione o deliberazione dei soci, e devono essere depositati, trascritti, affissi e pubblicati a norma degli articoli 158 e 161,

La mutazione, il recesso o l'esclusione di soci;

Le nuove convenzioni;

I cambiamenti della ragione sociale;

La riduzione del capitale;

Gli atti di scioglimento della società, prima del termine stabilito per la sua durata dall'atto costitutivo;

Gli atti di prorogazione della società, oltre il termine stabilito dall'atto costitutivo.

534. *Estensione e limiti di questo disposto. — Riduzione di capitale. — Recesso di soci.*

535. *Poteri dell'amministratore sulla trasformazione o riduzione del capitale dovuto dal socio accomandante.*

536. *Scioglimento prima del termine. — Necessità della pubblicazione; conseguenze dell'averla omessa, secondo le varie ipotesi che si propongono.*

537. *La cessazione della società al termine stabilito non ha mestieri di pubblicazione.*

È però necessaria, se prima del termine, avvegnachè la cessazione provenga da causa legale ma a tempo indefinito.

538. *Al difetto di pubblicazione può supplire la scienza? Esame dei principii.*

Digitized by Google

534. Il concetto di relazione enunciato nel complesso di questo articolo ha per termine di confronto l'ordinamento della pubblicazione; essendochè di quei fatti importa manifestare il cangiamento che fu debito di pubblicare. E ne deriva chiaramente, che l'art. 163 non si applica indistintamente a ogni genere di società, malgrado quelle parole — *in tutte le dette società.....* La osservazione è stata fatta prima di me da Alauzet nel commento all'articolo 46 del Codice di commercio francese (nº 243). Nelle società anonime non v'ha *mutazione di soci* che debba pubblicarsi, perchè i nomi dei soci, che dopo l'emissione delle azioni non sono che gli azionisti, non si pubblicano; e quindi scemato l'articolo in quella sua epigrafe troppo generale, bisogna aggiungervi: che nelle società anonime deve pubblicarsi *la mutazione degli amministratori e di quelli che sono incaricati di firmare* (art. 162).

Ciò è essenziale nelle società anonime, essendo questa la sola sua rappresentanza, nella quale riunendosi anche obbligazioni personali di gran rilievo, come fu spiegato a suo luogo, i terzi hanno il massimo interesse di conoscerne la mutazione.

Non dubito di affermare questa necessità giuridica anche per le società in accomandita per azioni, quale corrispettivo della pubblicazione (articolo 162, alinea 3) (1).

Se i nomi degli accomandanti non si fanno manifesti, ma solo il montare del capitale che arrecano in società (articolo 159), il pubblico però ha diritto di conoscere se quel valsente per avventura sia stato diminuito o in parte ripreso. Si effettua una *vera riduzione di capitale.*

È questo il solo interesse del pubblico, come più volte si è detto, rispetto agli accomandanti. Può l'accomandante recedere dalla società, surrogare altra persona in nome suo, senza bisogno di avvertire il pubblico di questo movimento, purchè la portata del relativo capitale non soffra alterazione. Proposizione che si applica al caso che l'accomandante che si ritira non abbia finito di versare la sua quota, ove il gerente, sotto la propria responsabilità, lo consenta espressamente (Alauzet, *Comm.*, nº 243).

È luogo a ritenere che *per recesso* di soci si intenda quello dei soci, veramente tali e in tutta la estensione della parola, e non del ritirarsi di un accomandante che sostituisce a sè altra persona; sempre per la ragione che il pubblico non s'interessa del suo nome. Se il gerente non avesse la facoltà che si è arrogata, sarà affare interno del quale egli darà conto. Nei limiti di questo tema della pubblicazione, io non ricerco se l'esonerare l'accomandante che non ha versata, o non ha versata che in parte la sua quota, cedendo ad altri la propria interessenza, sia negli attributi ordinari di un amministratore. Certo è per altro che l'art. 152 non concerne che le società per azioni, e non le accomandite semplici. Fuor di proposito non è pur quello che Alauzet osserva, i gerenti delle società in nome collettivo, eziandio miste d'accomandita, essere rivestiti di poteri assai più estesi che gli amministratori delle società azionarie, non considerati che mandatari. Secondo questo sistema che io non respingo, ma ne rimetto la sentenza ai termini dello statuto sociale, secondo questo sistema, io diceva, il gerente avrebbe facoltà d'innovare *quoad personam et quoad rem;* ma nel secondo caso soltanto avrebbe luogo la pubblicazione (Pardessus, nº 1088, 2º) (2).

535. Ma può l'accomandante alienare al gerente medesimo le cose che fanno parte del capitale da lui promesso? E ritenuto che il fatto sia legittimo, dovrà dichiararsi al pubblico in relazione al nostro articolo?

La Corte di cassazione francese decise nel 24 agosto 1845 (Sirey, tom. xlv, p. i, p. 625) doversi pubblicare una controlettera colla quale l'accomandante vendeva allo stesso gerente un immobile che faceva parte della sua importazione. La sentenza, come si vede, ritenne la validità della cessione (se così vuol chiamarsi), ordinando si pubblicasse.

Non sarebbe qui entrato un po' di confusione? Se il gerente acquistò l'immobile non nella sua qualità e rappresentanza, ma nel suo particolare, avrebbe agito contro la propria missione; l'operazione, al primo aspetto almeno, sembra irregolare e nulla. Se così è, il fatto non dovrebbe pubblicarsi, ma piuttosto reintegrarsi coll'azione di nullità; mentre la pubblicazione suppone l'atto legittimo. Se invece fu l'immobile dato a lui come gerente (sotto nome qualunque di alienazione), non sarebbe forse questo il versamento promesso?

(1) Dovendosi pubblicare il *nome e cognome degli amministratori* in una *alla ragion sociale.*

(2) La surrogazione di una forma di pagamento ad un'altra importa novazione *in re*, e dev'essere fatta manifesta al pubblico. Se il gerente accetta per esempio un immobile in luogo di danaro, che era nella promessa dell'accomandante, fa una novazione *in re.*

Digitized by Google

Il versamento delle poste sociali deve forse pubblicarsi?

—

536. Se lo scioglimento della società prima del termine convenuto non è annunciata, agli occhi del pubblico la società continua; i soci che in fatto hanno cessato di appartenervi, vi appartengono ancora di diritto. Ed è stato ritenuto da una sentenza della Cassazione francese, del 29 gennaio 1838 (*Journal du Palais*, 1838, t. I, pag. 499), che se la società realmente mutata, negoziasse *sotto una ragion sociale diversa dalla prima*, gli antichi soci rimangono vincolati (ALAUZET, n° 241).

Ma il caso non è di quella semplicità che rassembra: bisogna porvi attenzione.

La ipotesi in cui siamo suppone che la società che doveva ancora durare due anni, tre anni, sia stata sciolta prima del tempo, e lo scioglimento non sia stato pubblicato. L'antica società continua, si dice, per le obbligazioni che assume verso i terzi; e qui bisogna veder come e in qual modo. È troppo evidente che se la divisa della *ragion sociale* suonava *Pietro A. e compagni*, quel vessillo anche una volta inalberato riunisce sotto di sè le persone medesime. Ma ecco sorgere una società colla impresa *Paolo B. e compagni*, nella quale noi fingiamo rifusa in parte l'antica società che clandestinamente fu disciolta. Questa società, avente dal suo titolo una forma affatto nuova, non è stata pubblicata. I terzi ci credono nonostante. Come mai sotto la nuova divisa possono pensare di tenersi obbligate quelle persone medesime che figuravano in una società conosciuta sotto una ragion sociale totalmente diversa?

La situazione è stata esaminata anche da BÉDARRIDE sulla base della indicata decisione. Egli non può dissimulare l'ostacolo che si eleva dalla diversa enunciazione. « Il faut l'avouer « cependant, le changement de la raison so- « ciale est un fait grave dont il est impossible « de se dissimuler la portée. *C'est une nou- « velle personne qui se présente:* et comment « la confondre avec un autre? » Compirò il pensiero di BÉDARRIDE. Rispondendo alla difficoltà, egli dice: *la stessa società può esistere sotto un'altra ragion sociale*, il che è riconosciuto dall'articolo 46 (1). Ciò posto, colui che ha trattato colla novella ragion sociale, può sostenere *ch'egli ha fatto conto ed ha voluto trattar coll'antica; cosa però che deve provare* (*Des sociétés*, n° 410).

È difatti il solo dubbio e la sola soluzione possibile, benchè nei termini non perfettamente esatta.

Se l'antica società fu sciolta in fatto senza avvertirne il pubblico, e la novella continua a negoziare sotto la vecchia divisa; se cangiata in realtà mantiene le apparenze, riesce evidente, come si disse, che la società in faccia al pubblico è sempre quella; e obbliga verso i terzi anche i soci che si sono dimessi.

Se l'antica società fu disciolta, e la nuova adottò una diversa ragion sociale; se la prima non ha dato più segno di vita, non ha continuate le sue operazioni, in effetto non esiste più, e non ha più cagione di esser ricercata per i suoi fatti posteriori, malgrado il silenzio con cui si è lasciata morire.

Ecco due ipotesi. Viene la terza; che cambiata la *ragion sociale* senza denunziarla al pubblico, siasi in effetto mantenuta la stessa società. È un inganno che si è voluto tendere al pubblico, o è inavvertenza? Infelice inganno, mentre se si negozierà coll'antica formola, si obbligheranno le stesse persone; se colla nuova, non essendo pubblicata nè regolare la costituzione sociale, troverà il pubblico incredulo e renitente, e farà dei cattivi affari. Ma sia pure. Qui il difetto sta piuttosto nel non essersi annunciata la *cambiata ragion sociale*, anzichè nel non essersi annunciato lo *scioglimento precoce della società;* o nell'averla annunciata in guisa da farla credere società nuova. Checchessia, sarà a peso del terzo dimostrare che la società antica esiste malgrado il cangiamento della sua divisa pubblicata o non pubblicata; nè basterà solo ch'egli affermi o provi « *qu'il a entendu et voulu traiter « avec l'ancienne* » (V. i n[i] 421 e 422).

Ora però ci siamo inoltrati nel campo del dolo e della frode; molto più esteso di quello occupato dal formulario dell'articolo 163. Intanto è da ritenersi questa conclusione, salvo quelle ulteriori e più generali che verremo sviluppando coll'esame dei due seguenti articoli.

—

537. Se la società finisce nel termine disegnato e diremo naturale, il pubblico è diffidato senz'altro dalla pubblicazione originaria. Suppongasi ora che la maggioranza dei soci sia determinata *di prorogare la società*, e il socio, che chiameremo Pietro, non voglia saperne della continuazione, che peraltro è manifestata al pubblico senza punto indicare che il

(1) È altresì ritenuto dal nostro articolo 163 — *i cambiamenti della ragion sociale.*

signor Pietro si è ritirato, e non ne fa più parte. Dappoichè la società finiva per convenzione a quell'epoca, Pietro fu convinto di esserne sciolto di diritto; e quanto a lui, la proroga non esiste se non vi ha prestato nuovo consenso. Per questa buona ragione DÈLANGLE opina che, qualunque cosa in seguito si faccia dai consoci, Pietro non sarà mai tenuto. La Corte di Colmar fu pure in questa sentenza (2 agosto 1817, BÉDARRIDE, n° 414).

Il discorso è logico, ma non abbraccia tutto il tema, e ha il difetto di essere troppo assoluto.

Se si è dichiarato al pubblico puramente e semplicemente che la società intende di prorogarsi ad un nuovo termine indicato conservando la stessa ragion sociale, il pubblico si persuade che la società continua alle stesse condizioni e colle stesse persone. Non basta che il nostro impegno sociale sia terminato, ma se per l'altrui fatto irregolare e abusivo il pubblico è mantenuto nella credenza che noi pure restiamo nell'obbligazione, a noi appartiene, è nostro dovere, di mettere in palese la verità. Se potendo ciò fare non si fece, siamo tassabili d'imprudenza; e potremo, secondo le circostanze, essere ravvolti nelle nuove obbligazioni contratte malgrado nostro (1).

—

537. La cessazione della società al termine stabilito nell'atto sociale, essendo naturale e conosciuta, non ha d'uopo di altra manifestazione. Ora si domanda *se lo scioglimento derivante da cause legali*, *indipendenti dal fatto e volontà dei soci*, abbia mestieri di pubblicazione.

La Corte suprema di Francia, nel 10 luglio 1844 (*Journal du Palais*, tom. XLIV, part. I, pag. 297), annullando una sentenza della Corte di Grenoble, deliberò che l'obbligo di pubblicare i fatti che modificano le società commerciali, non appartiene che *ai fatti dell'uomo;* a quelli, intendevasi, che sono l'opera della volontà delle parti. Per conseguente lo scioglimento di una società, prodotto dalla morte di uno dei soci, non essere sottoposto alle formalità della pubblicazione ordinate dall'articolo 46 del Codice di commercio.

Il commentario, verso le opere dogmatiche, ha lo svantaggio di essere o troppo esegetico o troppo casista, e sempre troppo sparso, per proseguire in tutti i suoi svolgimenti una discussione di principii. Anche quella massima regolatrice che veniamo dall'enunciare, aveva per sostrato un ordine speciale d'idee; e posto che sia vera (il che vedremo fra poco in relazione alle leggi nostre), certo vi sarebbe del pericolo a generalizzarla. Giova osservarla anche nelle sue attinenze col fatto, e come viene dibattuta dagli scrittori: tanto più che ci porge occasione di rivedere qualche teoria subalterna che non avrebbe posto altrove.

È noto che l'articolo 1865 del Codice Napoleone determina lo scioglimento della società per la morte naturale del socio: disposizione che in Francia regola la fine eziandio delle società commerciali (2). Ora sciogliendosi di diritto la società per la morte del socio, secondo la indicata decisione, non occorreva pubblicarla perchè l'erede del socio fosse senz'altro estromesso dalla società ed escluso dalle obbligazioni che posteriormente incontrasse la società medesima, che, malgrado quel fatto dissolutivo, si fosse ostinata a vivere ed operare.

Sotto questo particolar punto di vista, ed eccettuata la scienza o dei soci o dei terzi (del che parleremo nel paragrafo che segue), la dottrina dei maggiori glossografi è ben lontana da quella predicata dalla Corte di cassazione in una sentenza combattuta anche da parecchie Corti d'appello.

Per quanto spetta alle relazioni fra socio e socio, TROPLONG (3), che ne discorre ampiamente, non ebbe che a seguire l'insegnamento di Paolo nella Leg. 65 § 10 Dig. pro socio (4). Nella ignoranza del decesso del socio, la società continua per virtù di quella stessa finzione sapiente che conserva il mandato dopo la morte, ignorata, del mandante. Vera società sì all'effetto degli utili che dei danni, come il nostro autore dimostra: sul qual punto non possiamo estenderci.

Rapporto ai terzi.

L'ignoranza e la buona fede milita anche

(1) Il principio è scritto nell'articolo 1132 del Codice civile. Nè guari rileva che il nome di Pietro non sia stato proferito (contro ciò che dice BÉDARRIDE, num. 415).

(2) Come l'articolo 1888 del Codice civile albertino rispetto al cessato Codice di commercio. Di presente questa parte della istituzione sociale è governata dall'articolo 166, e vedremo come differisca dalla legge civile.

(3) *Des sociétés*, num. 901 e seg.

(4) « Quod si integris omnibus manentibus, alter « decesserit; deinde sequatur res de qua societatem « coiverant, tunc eadem distinctione utimur « qua in mandato: *ut si quidem ignota fuit mors « alterius, valeat societas; si nota non valeat* ».

Digitized by Google

per loro. Essi devono credere intatta l'organizzazione della società (espressione dell'autore), e novità sostanziale non essere intervenuta poichè l'ignorano. In conseguenza di tale principio vennero più decisioni a stabilire (1) che, accadendo il fallimento, la società che fallisce è la originaria, non quella che si dicesse costituita dopo quel tempo per la virtuale dissoluzione della prima.

Se la società continua di diritto, osservata la questione in ordine ai soci, a più forte ragione deve questo vero affermarsi in ordine ai terzi pei quali un modo formale d'istruzione è stato espressamente statuito.

Gli eredi adunque, *velle nolle*, sono tuttavia nella società per le obbligazioni che ne discendono; sono nella società malgrado costituiti in età minorile. « Le crédit l'emporte sur la « faveur de la pupillarité. Les mineurs avaient « en effet un tuteur qui pouvait empêcher « l'action du mandataire (2); les tiers au con« traire avaient une juste cause d'ignorance « qui ne leur permettait pas de s'en défier » (nº 903) (3).

Il dubbio che potrebbe nascere dal favore della minor età è risolto dalle Leg. 24 § 1 de minorib. e Leg 1 de institoria actione. È bello il vedere come il giureconsulto Paolo onori il commercio innalzandolo alle cause che fanno prospere e grandi le nazioni — *cum sine commerciorum libertate*, aggiunge splendidamente il Fabro, commentando la Leg. 24 suddetta, *neque augeri neque subsistere respublica potest.*

La società finisce di diritto! Sì. Finisce quando vuol finire: quando tace e si dà per morta; non quando prolunga spontaneamente la vita sua, e continua negli affari.

Questa è la dottrina di Troplong, stemperata in molte pagine, e che io riduco a poche linee.

Percorse le diverse decisioni delle Corti francesi su questo soggetto (non trovando nelle nostrane una trattazione formale), ho veduto non potersi raccogliere un concetto netto e sicuro di quella giurisprudenza; e gli scrittori, che vi tornaron sopra, quali Délangle e Bédarride, non scostandosi dai principii, parlarne confusamente e non presentare alcuna idea degna di considerazione.

Del resto questa breve rivista che non si poteva trascurare, non ha per noi che un interesse storico in presenza della nuova legislazione italiana.

Se si discorre delle società per azioni, non si può elevare la menoma controversia. Muore l'azionista, ma le azioni non muoiono; passano di mano in mano, o svaniscono; e sono i titoli, non le persone, che danno alimento alla società. E parmi ancora tolta ogni cagione di dubitare nelle società in nome collettivo o in accomandita semplice. Oggidì le società continuano di diritto *negli eredi*, il che vedremo trattando dell'articolo 166. Ciò non toglie che il patto contrario non possa statuirsi nell'atto sociale; ma allora essendosi dovuto anche questa condizione pubblicare nel primo tempo, è propriamente il caso che non occorre altra pubblicazione.

Ma noi dobbiamo rispondere al quesito generale che sta in testa di questo paragrafo.

Le società si sciolgono per diritto in una delle contingenze espresse nell'articolo 166. Le cause però sono tanto diverse, e diversi i modi della cessazione, che non si può a meno di proporre qualche distinzione.

Niun dubbio che nel primo caso di quell'articolo non è mestieri avvertimento di alcuna sorta: semprechè la società si rassegni a morire. *Può prorogarsi*, e il precetto della pubblicazione è letterale nel nostro articolo 163. Che avviene altrimenti? Che la società mantiene tutte le sue responsabilità verso i terzi, mentre i soci fra loro sono nella condizione di un'associazione irregolare (4).

Il fallimento (art. 166, nº 5) è la sconfitta, l'esterminio: e per certo una società non bandisce a suon di tromba il proprio annientamento.

E per gli altri tre casi fu disposto in termini generali colla formula del penultimo periodo dell'articolo 163. Poco importa che una differenza si rilevi fra i tre casi accennati (2º, 3º e 4º); che in questo si abbia una necessità di natura, e negli altri due una necessità morale, perchè tutte queste necessità il pubblico le ignora, se non gliele fate conoscere. La dottrina della Corte di cassazione enunciata all'ingresso di questo numero, è per lo meno assai torbida. Qualunque sia il motivo che determina lo estemporaneo scioglimento della società, volontario o imposto dalle circostanze, *nelle relazioni estrinseche*, *il fatto dell'uomo*

(1) Corte di Dijon, 11 dicembre 1839, Cassazione francese, 11 maggio 1841, sezione dei ricorsi, che ammise il ricorso e si espose a severe critiche; Corte di Grenoble, 27 luglio 1841.

(2) Riportando la teoria a quella del mandato.

(3) Zachariæ, tom. III, pag. 135-136; Délamarre e Poitvin, *Traité de commission*, nº 415.

(4) Della quale situazione si parlò nei num. 394, 412, 413, 414.

Digitized by Google

deve interporsi come organo per trasmettere l'avvenimento all'altrui cognizione.

538. Al difetto della pubblicazione può supplire la scienza?

Se i terzi già conoscono quello che la legge vuole sia reso manifesto con atti formali e solenni, a qual pro tutto questo apparato, questa pompa, per così dire, di pubblicazioni?

L'occasione di esaminare il problema ci è porta da alcuni tratti della dottrina esposta nel precedente numero ove si trova ammesso *de plano* che, se la morte del socio *era conosciuta* dai terzi che fecero contratto colla società (che non si è sciolta pertanto, ma continuò negli affari), la scienza esonera da ogni altra manifestazione: *non est certiorandus qui scit.* Ne conseguita che i terzi, così istrutti, non possono voler obbligare quel socio che non è più tale, e la *fictio juris* svanisce alla luce della verità palese.

Gli scrittori, come si scorge, non ne hanno dubitato, e passa come un aforisma. Ma dato una volta a questa idea un passaporto libero, non si sa ove potrà fermarsi. Ognora che i terzi vengano opponendo il difetto di pubblicità, si farà una questione di scienza. Si vorrà provare ch'essi conoscevano il recesso del socio, il mutamento degli ordini sociali, la riduzione del capitale, ecc., e le prescrizioni di tutti questi articoli andranno a perdersi in un giudizio di apprezzamento. « Les associés, dice « BÉDARRIDE, ne peuvent repousser les tiers « qu'en justifiant l'accomplissement de la pu- « blicité acquise. Or soutenir que le tiers a « connu la dissolution, est-ce prouver que cet « accomplissement s'est réalisé? Le moindre « inconvénient de ce principe est de substituer « une appréciation difficile et arbitraire à la rè- « gle simple et positive que la loi a tracée » (nº 409). Tutto bene, ma tornando sulla idea espressa da TROPLONG come verità incontrastata, si sente pure nell'animo che è un'idea giusta; che, per lo meno, è molto morale.

Se si potesse dare una risposta totalmente negativa o totalmente affermativa, si farebbe un discorso breve. Si direbbe nel primo caso che le formalità prescritte sono d'ordine pubblico. Nel secondo, che la mala fede non può invocare la protezione della forma; che data la scienza, l'osservanza della forma non ha più scopo. Ma non potendosi ammettere l'uno o l'altro per assoluto, conviene fare una escursione sui principii.

Teoricamente ed astrattamente si potrà dire. Le formalità sono leggi limitative della libertà naturale nell'interesse dell'ordine, che riposa nel principio di universalità. Le relazioni private che ne sono dominate, non potrebbero a loro volta limitare il principio, costituendosi in uno stato di opposizione che nella variabilità dei casi e delle circostanze, ne farebbe sviare l'applicazione.

Diciamo per conto nostro, essere essenziali le formalità, vuoi intrinseche od estrinseche, quando, nel loro difetto, il fine che si propone la legge non sarebbe raggiunto. Non tutte le formalità sono *essenziali:* altre ve n'ha che possono chiamarsi *direttive:* a tali concetti risponde da una parte la nullità *assoluta*, dall'altra la nullità *relativa*, imperocchè le formalità della prima categoria hanno una importanza generale; quella della seconda conferiscono al bene, e sono piuttosto raccomandate che comandate dal legislatore; hanno meno dell'obbiettivo e più del subbiettivo, e la loro inosservanza può essere compensata dal consenso o dalla scienza: delle quali distinzioni è pieno il Codice di procedura civile.

La causa di finalità, criterio della forma, viene espressa dal legislatore medesimo colla sanzione di nullità. Se non la esprime, è la ragione e la natura dell'atto che conviene esaminare; la direzione ci è porta dall'art. 56 della procedura.

Sono idee divenute volgari: bisogna scendere al concreto. Le formalità ingiunte in questa sezione hanno un fine loro proprio. Non si deve ad esse attribuire quel carattere di assolutezza e d'inflessibilità che non permette alcuna transazione. Se un atto incompetente di giudice rivela un'usurpazione di potere, se passa incolume e rispettato, è perturbato l'ordine pubblico: il diritto violato chiede una riparazione. Se un commerciante sapendo che Tizio è morto; che i suoi eredi non fanno parte della società; che Caio è stato escluso; che il capitale di un milione è ridotto a 500,000 fr.; fa nonostante degli affari col rappresentante della società che non ha pubblicato quei fatti; se volendo questo commerciante opporre il difetto della pubblicità, gli si risponde tu sei in mala fede: non si perverte con ciò il senso dell'ordine; lo stato giuridico non ne risente una scossa. Formalità di questa natura appartengono alla categoria delle *estrinseche.* Una società legalmente costituita e autorizzata esiste; esiste indipendentemente dalla sua manifestazione, soltanto la sua attività è circoscritta; le sue operazioni non hanno tutta quella efficacia che altrimenti avrebbero (1).

(1) Vedi intorno a ciò i numeri seguenti.

Digitized by Google

Se noi supponiamo che i terzi riconoscano espressamente quella condizione di cose, e nelle loro contrattazioni dichiarino di accettarla, potranno forse impugnare il fatto proprio? Ripugna il crederlo. Ma *idem est in tacito quam in expresso.* Il commerciante *B.* prima di trattare ha voluto sapere se faccia parte ancora della società il signor *C.*, che si vocifera escluso ma non risulta da atto formale. Gli si risponde con lettera, o con altro mezzo che può esser provato, che il sig. *C.* è stato *escluso:* e nondimeno *B.*, persuaso di avere garanzia sufficiente nei soci che rimangono, accetta una obbligazione della società. Si capisce ch'egli non ha voluto obbligare il socio escluso.

Certo le dimostrazioni del buon senso sono le migliori. *La scienza individuale adunque può supplire alla scienza legale;* il che avviene quando le guarentigie sono istituite nell'interesse di un individuo o di una classe; e l'individuo o la classe siano investiti di autonomia e di libera disponibilità. Si dirà che sono eziandio istituite nell'interesse generale del commercio. Senza dubbio; e qui andiamo a capo per esporre alcune conclusioni che riassumono la dottrina.

a) Le formalità che il Codice ingiunge in fatto di società, mirano tutte all'interesse generale del commercio. Altre però sono essenziali; altre direttive e di semplice istruzione.

b) Le formalità del prim'ordine sono intransigibili (1).

c) Il carattere di essenzialità, sotto un punto di vista generale, conviene attribuirlo a tutte le formalità dichiarate dall'articolo 155 al 162; ma *idem non est in parte quod est in toto.* Il difetto di qualche particolare nella manifestazione, non ha la stessa importanza della mancanza assoluta della manifestazione (2).

d) L'articolo 163 racchiude alcune parti essenziali (3); altre direttive e pieghevoli alla convenzione (4).

e) La scienza del terzo contraente, rapporto a fatti omessi o erroneamente annunciati, deve provarsi da chi l'allega (5).

f) È d'uopo anche stabilire che in quelle speciali circostanze (6), la scienza produsse logicamente il consenso, dato che il consenso espresso non risulti (7).

g) Il consenso tacito od espresso dev'essere *post factum;* non prestato di proposito anteriormente a rinuncia delle guarentigie legali (8).

h) L'interesse del commercio è nella istituzione e nell'obbligo dell'osservanza per parte dei soci. Questo grande interesse non è offeso, perchè in certe condizioni giuridiche (9) un commerciante, informato per altra via della verità dei fatti, si regoli in conseguenza con ispontanea contrattazione (10).

Articolo 164.

Se nei termini come sopra fissati non furono adempite tutte le formalità stabilite, e finchè le stesse non saranno adempite, può ciascun socio recedere dalla società mediante una dichiarazione notificata per atto di usciere.

In questo caso la società s'intende di diritto risolta dal giorno della notificazione.

La mancanza però delle dette formalità non può dai soci essere opposta ai terzi.

(1) Non potendo i soci, per qualunque causa subbiettiva, sostenere la esistenza di una società anonima se non risulta dallo scritto, se non è stata autorizzata, ecc.

(2) Se il nome e cognome di qualche socio fu omesso; se il montare del capitale non fu annunciato, o lo fu in modo erroneo; se fu omessa la data del decreto di approvazione, ecc.

(3) La dichiarazione e deliberazione dei soci.

(4) E sono le altre norme.

(5) Troplong, *Des sociétés*, num. 903 e 904.

(6) È un criterio di fatto.

(7) La scienza passiva, quella cioè che non è motivo a veruna nostra operazione, non si traduce facilmente in consenso.

(8) È noto che *post factum* è lecito accettare posizioni giuridiche, le quali non si potrebbero prevenire con una rinuncia. Pronunciata la sentenza, si può rinunziare all'appello; in massima non si può rinunziare in prevenzione al diritto d'appello. Il consenso *post factum* rispetto a quelle forme, che non sono di assoluto rigore, non potrebbe rivocarsi senza nota di mala fede e di dolo.

(9) Quelle sopra avvisate; non in tema assoluto.

(10) In conferma accenno al capoverso dell'articolo 163.

Digitized by Google

Articolo 165.

Non si hanno per risolte, riguardo ai terzi, le società prima del termine stabilito per la loro durata, se non dopo trascorso un mese dalla data del deposito, della trascrizione, affissione e pubblicazione dell'estratto dell'atto di scioglimento della società.

Rimane tuttavia salva ai soci e ad ogni interessato la prova che anche prima della scadenza del mese lo scioglimento era noto ai terzi.

539. *L'articolo 164 non contiene intera la teoria della violazione dei mezzi di manifestazione delle società commerciali, limitandosi allo scorso dei termini.*

540. *Dei creditori personali dei soci e dei creditori della società. Quelli, non meno che questi, essendo considerati quai terzi, hanno diritto di non riconoscere l'esistenza di una società illegale.*

I creditori personali hanno in ciò il maggior interesse, onde paralizzare il privilegio dei creditori sociali sull'attivo della società.

541. *Come in questa singolare combinazione possa coesistere la facoltà negli uni di domandare l'adempimento degli obblighi sociali, negli altri di provocare una dichiarazione di annullamento della società.*

542. *I creditori sociali perdono col privilegio anche il diritto della solidarietà verso i soci.*

543. *Non essendo stabilita la società con atto avente data certa, gli utili di una società che l'erede ha formata col defunto, denno riportarsi alla successione.*

544. *La facoltà di recedere dalla società data al socio per l'articolo 164 non giova a liberarlo degl'impegni antecedentemente contratti. Delle conseguenze di negata autorizzazione governativa a quelle società che ne hanno mestieri.*

545. *Sul trascorso dei termini inerenti al processo di pubblicazione; e suoi effetti rapporto alla risoluzione della società.*

546. *Della pubblicazione di società condizionali.*

547. *Considerazioni esegetiche e dichiarative dell'articolo 165.*

---

539. Se pei difetti della pubblicazione la società sia nulla (rispetto ai soci, s'intende), è ciò che la nostra legge non ha detto. Gli articoli 155 e 156 ci fanno persuasi, non sussistere società commerciale non risultante dallo scritto, nè quelle in accomandita per azioni ed anonime se non debitamente autorizzate. Noi abbiamo stabilito al numero precedente che le parziali difettuosità del rito di pubblicazione possono esser coperte dalla scienza e dal consenso del terzo contraente. Ma rimane la parte importante e necessaria del rito, ed a sapersi quali siano le conseguenze giuridiche della inosservanza. L'articolo 164 non ci addita che uno di codesti effetti, e questo concerne il socio (1). *Ces formalités seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés;* è scritto nell'articolo 42 del Codice di commercio francese. Il Codice italiano (2) ha soppresso questa formola; e dà motivo di riflettere se non sia inspirato da un diverso pensiero. Tanto più che sino dalle prime discussioni sul progetto, le opinioni si trovarono divise. Il progetto stesso non presentava sanzione penale: chi proponeva l'ammenda; chi credeva bastasse un divieto che si facesse ai soci d'invocare a reciproco profitto il difetto della pubblicazione (3). Nel Consiglio di Stato si misuravano con diverse proposte MERLIN, RÉGNAUD e CAMBACÉRÈS. La pena della nullità (4) era fortemente sostenuta da TREILHARD, al quale spettò il trionfo. Egli aveva un appoggio storico, un potente appoggio, nella Ordinanza del 1673. Fu deciso che rispetto ai soci la convenzione sarebbe nulla.

A noi compete interpretare, se mi è per-

(1) Se ne discorre più avanti.

(2) Non diverso in ciò dal piemontese.

(3) *Observations sur le projet du Code de commerce*, tom. I, pag. 322, 229, 448, ecc.

(4) Domando venia di questa espressione, che so non esser esatta. La *nullità* è la naturale conseguenza della violazione di un ordinamento giuridico anzichè una pena. Uso il linguaggio dei francesi esponendo le loro idee.

Digitized by Google

messa la frase, il silenzio della legge: e se non essendosi favellato di nullità, tutto l'effetto della inosservanza e violazione di questo rito, sia ristretto in quello divisato nell'art. 164. Non si può convenire in tal conclusione. Vero è che la voce *nullità* non sembrami la meglio appropriata: piuttosto convien dire che una società costituita in modo così disforme dalle prescrizioni della legge, è in molta parte improduttiva di quegli effetti che sarebbe destinata a produrre secondo la propria natura. L'articolo 164 non si occupa letteramente che *dei termini* e della loro decorrenza.

540. Studiando il vasto tema nel vario aspetto che presentano gli articoli esaminati, abbiamo già avvertite alcune delle dannose conseguenze che nascono da questo stato di cose. Ora ci spingiamo avanti nelle nostre osservazioni, mostrando alcuni punti più salienti.

Ai creditori *personali* dei soci è accordato il diritto di non riconoscere la esistenza della società non resa manifesta nei modi legali (1). E in ciò possono avere il maggior interesse; imperocchè se la società sussiste, i creditori *personali* sono posposti ai creditori *sociali* che hanno un privilegio su tutto l'attivo della società.

Forse che i soci personali potranno opporre ch'essi *non sono terzi* ma, rappresentando il debitore, non hanno nè più nè meno che i diritti che a costui competono? Questa non è più una difficoltà seria, tante volte fu vinta. È noto che i creditori s'intendono succedere e rappresentare il debitore quando n'esercitano le azioni e i diritti; non quando agiscono contro di lui in forza di diritti loro propri (2).

Si è detto ancora in favore dei creditori della società che questo sistema renderebbe i soci resposabili di fatti ad essi non imputabili. Fu risposto che nella stessa condizione sono i creditori personali dei soci. « Mais ici, continuo colle parole di una decisione, ceux qui « argumentent de l'oubli des formalitès, n'ont « rien à se reprocher; ils sont exempts de « faute, ils ne sont pas plus obligès que les « autres tiers à rester spectatenrs inertes d'o« missions qui sont contraires à l'ordre pu« blic (3), et que la loi présume frauduleuse » (Cassazione 18 marzo 1846, relatore TROPLONG).

Un altro del tutto convincente argomento porge il PARDESSUS (loc. cit.). Pretendendo, egli dice, che la società, come tale, abbia assunte obbligazioni, che nell'esercizio hanno carattere di privilegio, *sotto questo rapporto*, i creditori della società vengono a porsi nel luogo di essa società, e denno provarne la giuridica esistenza come questa farebbe per se medesima.

Ecco adunque dei terzi in confronto ad altri terzi che, comunque diversa abbiano la ragione del contrarre, sono negli atti parificati. I creditori personali contrassero coll'individuo *principaliter*, che apparteneva ad un'aggregazione sociale, ma senza contemplazione di tale qualità; i creditori della società dal canto loro ebbero realmente in animo di convenire con un ente sociale; pensarono di obbligare una società, ma la società era irregolare. La irregolarità, la nullità non sarebbe opponibile dai soci ai terzi: ma sono i terzi che vengono fra loro a conflitto, e le ragioni di prevalenza essendo di ugual forza, nell'urto, per così dire, s'infrangono. Fenomeno degno d'osservazione! In tema generale la società non costituita nelle forme di legge produce gli effetti di una società legittima rispetto ai terzi, come più volte si è detto. Ma in questa singolare combinazione la società irregolare *solvitur in singularitates:* restano tante obbligazioni individuali. Se vi ha fallimento, non è fallimento di società nè di soci, ma d'individui; ne vengono tanti fallimenti separati, e si formano masse distinte. Giurisprudenza costante per gran numero di decisioni (4).

Ai creditori personali non può neppure opporsi la scienza della irregolarità (5). Sapere che la società è irregolare, è sapere che il cre-

(1) È un vero punto fermo: basta annoverare alcune fra le tante decisioni della Corte suprema di Francia, 24 marzo 1845, 18 marzo 1846, 7 marzo 1849, 14 marzo detto (SIREY, tom. XLIV, part. I, pag. 759; tom. XLVI, part. I, pag. 683; tom. XLIX, part. I, pag. 397), 13 marzo 1851 (Id., tom. LI, part. I, pag. 273), ed altre noteremo in seguito.

Creditori personali diciamo che contrattarono coll'individuo, ch'era anche addetto ad una società irregolarmente formata; *creditori sociali* quelli che contrattarono coll'ente morale, e per mezzo di un rappresentante, o con un socio in nome sociale.

(2) In soggetta materia, PARDESSUS, *Droit commercial*, n° 1009; ALAUZET, *Comment.*, num. 228.

(3) Proposizione troppo assoluta, come si è dimostrato specialmente al num. 538, e vedremo ancora più avanti.

(4) Ne accenno alcune. Cassazione francese, 19 maggio 1851, 24 agosto 1863 (*Journal du Palais*, pag. 93); Corte di Caen, una bella decisione dell'11 maggio 1864 (*Journal du Palais*, 1865, p. 476); Corte di Parigi, 21 giugno 1852.

(5) Di che trattano le ultime decisioni specialmente. Aggiungi altra della Corte di Parigi del 4 marzo 1840 (ALAUZET, n° 228).

ditore della società non sarà in migliore condizione del creditore personale; perchè adunque gli si potrebbe opporre la scienza? Scienza siffatta è per modo di dire la coscienza del creditore personale che conosce la sua via meglio del creditore della società; il quale, non ignorando egli pure lo stato giuridico dell'associazione, deve comprendere ch'esso non gli può fornire una base di privilegio in concorso coi creditori personali.

Una condizione pei creditori personali è necessaria. Che il credito sia stato formato prima dello scioglimento dell'aggregazione, e ne risulti per data certa (1).

541. Io veniva osservando essere questa una combinazione *sui generis*, che ha una particolare ragione di essere; una combinazione che lascia intatta la teoria generale. Voglio dire, che *la società nulla rapporto ai soci, può esser valida rapporto ai terzi*, con quelle limitazioni però che segnalammo altrove (V. i nⁱ 526, 529, 539); limitazioni che nascono dalla natura di quelle forme, il concorso delle quali è necessario perchè una società di un dato ordine possa produrre gli effetti analoghi alla indole propria.

Stabilito pertanto che sì i creditori *personali* che i creditori *sociali* sono terzi, gli uni e gli altri possono valersi della facoltà alternativa che compete ai terzi, o di tenersi obbligati personalmente i soci malgrado la imperfezione del loro stato sociale; o di provocare l'annullamento della società. Nel loro antagonismo può anche avvenire, che a quelli interessi di mantenere la società, o a questi di volerla sciolta; onde nasca lotta di un genere particolare, propria della situazione. I creditori personali hanno veracemente l'interesse della nullità, per togliere di mezzo tali contraddittori che dalla esistenza della società deducono privilegi a scapito loro. La tesi si presentò alla Corte di Lione. I creditori sociali e i personali chiedevano ad un tempo, a cause riunite, gli uni che gli accomandanti adempissero la loro promessa versando le quote, gli altri che la società si dichiarasse nulla per difetto di pubblicità. Amendue le parti ebbero ragione (2), nè perciò la Corte proclamò una condizione di cose incompatibile. La nullità favoriva la posizione dei soci personali; non disobbligava i soci. Gli accomandanti, soci di capitale eppur soci, dovevano versare i loro contingenti; ciò chiedevano i creditori sociali, ed era giusto. I creditori personali, nella loro qualità di terzi, erano in grado di sostenere la nullità; all'effetto di rompere la barriera del privilegio che ad essi opponevano gli avversari, e che traeva il suo vigore dalla legittima esistenza della società (3).

Nè avrebbe potuto obbiettarsi che gli accomandanti non ebbero assunto altro debito che di versare dei capitali, quasichè i terzi non avessero azione contro di essi. È chiaro che, se limitato l'obbligo loro a prestare un fatto, tale obbligo è pur sempre personale. Lo statuto della società irregolare se non lega i soci fra essi, lega i soci coi terzi, i quali da essi attingono quanta è la estensione e l'importanza dei loro diritti.

542. Se la società non fu pubblicata ma esiste clandestina, illegale, rispetto ai soci, i creditori sociali, mancanti di legittimo appoggio in confronto dei creditori personali, perdono anche il *diritto della solidarietà*, che sarebbe stata conseguenza di una società legalmente costituita. E dico *in confronto dei creditori personali*, conservando d'altra parte l'azione solidale verso i soci, mentre agiscono contro di essi, fuori di tale concorso (ALAUZET, n° 250). Vero è però, per un corollario assai semplice e assai logico delle premesse, che i creditori personali devono stabilire l'interesse che hanno perchè i creditori sociali non esercitino l'azione solidaria. E non è difficile. Qualvolta nel difetto de' fondi versati in società, sufficienti a soddisfare tutti i debiti, sia d'uopo esperire azioni personali contro i debitori, i creditori personali sarebbero senza dubbio pregiudicati dall'esercizio della solidarietà dei creditori sociali. È manifesto che potendo questi ultimi scegliere a colpire i migliori debitori che rimarrebbero disinteressati, i creditori personali sarebbero rigettati in una condizione deteriore.

543. In questo gruppo sì complicato di attinenze che si sviluppano da tante combinazioni,

(1) Cassazione francese, 18 marzo 1846, relatore TROPLONG (*Journal du Palais*, 1846, tom. II, pag. 241).

(2) Sentenza del 24 gennaio 1845 (*Journal du Palais*, 1846, 2 gennaio 1845; *Journal du Palais*, tom. II, pag. 315).

(3) TROPLONG, *Des sociétés*, num. 251; ALAUZET, *Comm.*, num. 250; MERLIN, *Quest. de droit*, *Répertoire société*, § 1 (Corte di Montpellier, 24 marzo 1819).

Non è però necessario che i creditori sociali facciano dichiarare formalmente e per via di azione la nullità della società; basta che si dimostri irregolare anche per via di eccezione onde respingere il privilegio allegato dai creditori sociali.

Digitized by Google

altro ve ne ha degno di essere segnalato. Esso riguarda la posizione dei soci, non rapporto ai terzi ma bensì fra loro: e non in ordine alle obbligazioni che li vincola coi terzi, ma rispetto alla loro successione.

Prenderò le mosse da un fatto che fornì materia a una decisione interessante.

Nell'anno 1834 il commerciante *A.* istituì una società di commercio in nome collettivo con suo figlio *G.*, la quale poi venne sciolta nel 1841. Nell'anno 1837 la società acquistò tre quarti di un immobile, che passarono per divisione a *G.*, al quale il padre assegnò pure l'altro quarto. Morto *A.*, ed apertasi la sua successione, i coeredi di *G.* sostennero che quell'immobile doveva ricadere all'eredità pei tre quarti, *essendochè la società non era stata formata per atto autentico*, e da considerarsi irregolare e nulla.

Dopo varie fasi, portata la controversia alla Cassazione (francese), col solito semplice e laconico stile la Corte, rigettando il ricorso, disse: « Faute de production de pareil act « (l'atto autentico) toute société alleguée doit « être considerée comme n'ayant pas existé « *à l'égard de partages des bénéfices sociaux* « *que l'héritier avantagé voudrait opposer* « *comme exception à la demande de rapport* » (29 dicembre 1855, *Journal du Palais*, 1856, pag. 901).

Questa giurisprudenza parte dalla teoria della collazione, accettata generalmente nei Codici civili, e che il nostro insegna dall'articolo 1001 in seguito. Gli eredi non possono esimersi dal riportare alla successione i beni conseguiti dalla liberalità del defunto. Che opponeva l'erede in quel caso? Che l'immobile era suo per titolo proprio; per acquisto fatto in società. Facile, si rispondeva, che quella società, non eseguita per atto autentico (come in Francia si esige, con iscrittura quanto a noi), non pubblicata, dalla legge non riconosciuta, non partoriva titolo giuridico di acquisto (1).

Stava in ciò la soluzione della controversia; la Corte regolatrice lo intese. Non parlò di *liberalità* del padre: disse che il figlio, contrastante coi coeredi, non presentava un titolo legittimo di acquisto particolare, non potendo esser favorito da convenzione nulla. Simili questioni non sono, a dir vero, *di liberalità* o *di correspettività*, e ciò dico per avvertimento di coloro che muovono da tale criterio. Il padre non ebbe in animo di fare una liberalità, ma di soddisfare il figlio di un diritto che aveva verso di lui nella sua qualità e ragione di socio. La legge cancella fieramente questo vero storico; trova che il bene era presso il padre e passò nel figlio; con qual titolo? Con un titolo ch'essa legge condanna per inosservanza di forme: ciò basta; il figlio erede deve farne parte ai suoi coeredi, ritenendosi come non mai staccato dal dominio certo o presunto del padre.

È forse vietata una società civile o commerciale fra padre e figlio? No; ma bisogna che l'atto sociale sia eretto in un dato modo; e ciò succedendo, entra l'opposto della liberalità, cessa l'obbligo della collazione. « Non è do« vuta collazione alcuna *in conseguenza delle* « *società contratte senza frode tra il defunto* « *ed alcuno dei suoi eredi*, se le condizioni « sono state regolate con un atto di data « certa » (2). È un modo specialmente statuito alla formazione della società fra l'autore e alcuno dei suoi eredi, che sono d'ordinario i figli. L'articolo 155 vuole lo scritto; ma quivi si aggiunge la registrazione, al fine ben evidente di prevenire le frodi che nascono dallo scambio del tempo, e di esibire nella certezza del tempo un mezzo di scoprirla se mai ci fosse. In cospetto di sì giusto rigore, io non convengo che l'erede possa essere ammesso con altro mezzo a provare la esistenza vera e reale di una società fra lui e il defunto (3).

—

544. Nei precedenti paragrafi si è dimostrato che l'articolo 164 non abbraccia tutte le fasi che si svolgono dalla irregolarità della costituzione sociale, specialmente per causa di violate o non osservate estrinseche forme; ora conviene fissar l'attenzione sulla importanza dello stesso articolo.

Il *socio può recedere dalla società* mediante un atto di notificazione.

Questa legge è correlativa di quella dispo-

(1) Quest'applicazione della dottrina generale delle società è prevista e sostenuta coll'autorità di molti scrittori. DELVINCOURT, *Cours du droit*, t. II, pag. 526; DUVERGIER sur TOULLIER, *Droit civil*, t. IV, num. 477; DÉLANGLE, *Des sociétés*, tom. II, nº 525; BÉDARRIDE, num. 250 bis. — Altra decisione della Corte suprema di Francia, 26 gennaio 1842; Corte di Parigi, 28 dicembre 1830. — Contro, DURANTON, tom. IV, num. 540; MARCADÉ, *Explication au Code Napoléon*, articolo 859; VAZEILLE, *Des successions*, al detto articolo; POUJOL, *Des successions*, ivi.

(2) L'articolo 854 del Codice Napoleone dice *con atto autentico.*

(3) Malgrado le opinioni di DEMANTE *sur le Code Napoléon*, tom. III, num. 189 bis; di VERNET, p. 448, 449; di VILLARGUES, *Des successions*, num. 492.

sizioni che riguardano il precetto della pubblicità. La legge nei suoi termini accenna ad una precedente acquisita qualità di socio. Vi è stata dunque una convenzione sociale. E deve esserci stata, poichè il vizio che si vuole colpito con tale comminatoria, non cade che sull'estrinseche forme della convenzione medesima. Accordandosi questa facoltà dall'articolo 164, non restano però oziose e senza effetto le teorie da noi lungamente spiegate. Nell'intervallo fra la convenzione e la pubblicazione; e dopo spirati i termini per eseguirla, i soci di fatto possono avere operato come tali, e come tali avere incontrate obbligazioni verso i terzi. Non è da siffatte obbligazioni che l'articolo 164 concede facoltà di recedere. Esso suppone l'aspettativa paziente, l'inazione e, per così dire, il caso vergine. Contuttociò la disposizione è abbastanza lata per comprendere la facoltà del socio di ritirarsi in ogni tempo dall'ibrida aggregazione in cui si è immerso, rompendo i legami per l'avvenire, rispettando gl'impegni del passato.

Ciò che dicesi del difetto della pubblicità, si dirà a più forte ragione dopo la negata autorizzazione in quelle società che ne hanno d'uopo. Niuno al mondo può essere costretto a permanere in una società clandestina, in una società condannata dalla legge. Nè varrebbe opporre; se manca una data forma sociale, restate in associazione sotto una forma più limitata, più modesta; se non può effettuarsi una società in accomandita per azioni, ebbene, riducetevi all'accomandita semplice che non ha mestieri di essere autorizzata. No: io ho dato il mio consenso per quel genere di società, non per uno diverso. Io non posso deporre dei capitali nel fondo sociale, e privarmi dell'uso di essi; ho bisogno che il mio capitale sia mobilizzato, convertendolo in azioni e in effetti di commercio.

Che se questo diritto appartiene ai soci in generale, appartiene in particolare ai segnatari di azioni, che nella loro qualità non presero parte nel movimento precoce degli affari sociali.

Niun dubbio che pendente la istanza di autorizzazione, gli azionisti possano cedere ad altri il loro diritto. Cedendolo senza riserve e lealmente, essi non cedono che una speranza; negata dal governo l'autorizzazione, il cessionario, generalmente parlando, non può chiedere la rescissione del contratto che ha carattere puramente aleatorio (1). Con quella espressione di cautela intesi significare, che se il cedente avesse insinuata nell'animo del cessionario, contro verità, l'idea di una autorizzazione già ottenuta, il dolo usato lo esporrebbe ed a restituire la somma ricevuta ed a rispondere di tutti i danni. Dubbio è, se il cedente abbia l'obbligo altresì di partecipare al cessionario lo stato ancora incerto delle cose; o se il cedente dovrà imputare a se stesso di non averne prese le convenienti informazioni. In massima potrebbe dirsi, che in ogni cosa si deve usare diligenza; che la negligenza non sarebbe quindi utile sussidio al cessionario, tanto più in ordine a fatti di notoria cognizione. Non è però la teoria che possa decidere una questione riserbata principalmente ai giudici del fatto.

—

545. Ora viene una controversia molto dibattuta in Francia. Ne faremo in prima la breve storia; poi la vedremo in confronto della legge nostra.

Lasciamo stare ciò che fu detto a rilevare se le nullità di forma, vuoi intrinseche o estrinseche delle società commerciali, potessero surrogarsi dal consentimento, dalla scienza, dalla esecuzione; quel poco che poteva dirsi fu espresso nel n° 538. Non è senza interesse per noi la speciale discussione che nacque sull'articolo 42 del Codice di commercio francese al quale nella sostanza si conforma il nostro articolo 158. *Un estratto dell'atto costitutivo della società in nome collettivo*, ivi si dice, *deve esser rimesso* ENTRO QUINDICI GIORNI *dalla data del medesimo alla cancelleria*, ecc. (2). Se la presentazione non è stata fatta nei 15 giorni e si faccia in seguito, una cosa è fuori di disputa presso di noi: *il socio può ritirarsi*, per applicazione letterale dell'articolo 164. Egli è pienamente nel suo diritto purchè esponga l'animo suo nel modo formale ingiuntovi: checchè si faccia in seguito per riordinare la legalità, non potrà più influire sul fatto compiuto. Il problema che si discute egli è, se il termine dei 15 giorni sia di maniera perentorio che non rimanga altro scampo in appresso; la società sia già colpita di nullità insanabile, e abbandonato all'azione di qualunque interessato il farlo valere.

La stessa difficoltà appariva rispetto a una

(1) Cassazione francese 8 e 18 febbraio 1831, Lione, 26 aprile 1837 (BÉDARRIDE, *Des sociét.*, n° 333).

(2) Rimarco di nuovo che la formalità non riguarda le società in accomandita per azioni e le anonime.

disposizione del medesimo ordine. È bene vedere questo brano dell'articolo 42: « Il sera « justifié de cette insertion (nei giornali) par « un exemplaire du journal, certifié par l'im« primeur, legalisé par le maire, *et enregistré « entre trois mois de sa date* ». La sanzione di nullità chiude l'articolo. Noi non abbiamo precisamente un simile precetto, ma esso ricorre con ragione analoga nell'art. 161, ove si parla del deposito dell'estratto, ecc. *entro un mese* e nell'articolo 163 che si rimette al 158 e 161. Le nostre osservazioni adunque si estendono a questi vari articoli.

Parecchie sentenze di grande autorità dichiararono, che la *società è nulla* per questo solo, che l'esemplare del giornale non fu registrato entro i tre mesi. La Corte di Tolosa così giudicando non potè a meno di esclamare: « garantie excessive peut être mais imperieuse« ment exigée par la loi (1) ».

Questo principio fu pure adottato in alcune risoluzioni della Corte suprema sotto specie — *trattarsi di formalità d'ordine pubblico;* soggiungendo (e questo era logico) che tornava dopo ciò inutile esaminare se l'atto fosse stato volontariamente eseguito. Decisioni in questo senso sono della Cassazione nel 30 gennaio 1839 (2); della Corte di Bordeaux nel 5 febbraio 1841 (3); della Corte di Douai nel 27 novembre 1839 (4).

Ma qual è mai lo scopo di tali formalità se non la sicurtà dei terzi? Che importa ai terzi, semprechè le formalità siano compite, che lo siano prima o poi? Il pubblico vuol essere assicurato della esistenza legale della società; vuol conoscere in modo autentico e solenne le sue forze, le basi in cui si poggia; in qualunque momento avvenga questo fatto, per lui è indifferente: la fede commerciale comincia da quel momento.

Queste idee, che non sono mie, ma di tutti i sostenitori di quella opinione, facevano capo a una conclusione assai giusta. Per lo spirare dei 15 giorni nasce nei singoli soci l'azione per chiedere l'annullamento della società, e il diritto di recedere dal contratto; ma se mentre si tace e non si fa alcun passo, la situazione è legalizzata, *actum est;* non è più lecito piatire di nullità e produrre reclami (5).

La nostra legislazione ha lodevolmente semplificato tale stato di cose. Bisogna convenire che la comminatoria così assoluta di nullità, slanciata dall'articolo 42 del Codice francese, affatica una interpretazione contraria alla lettera. Ora noi sappiamo dall'articolo 164 a che conduce la inosservanza dei termini: *finchè le formalità non siano adempite, può ciascun socio recedere dalla società* (6). L'uso di tale facoltà può sembrare soverchiamente prodigata a chi non ne scorge la ragion vera. Come, si dirà, esaurite le formalità principali, se il processo si arresta un istante; se (per dare un esempio) dopo tutte le altre pubblicazioni e inserzioni, dopo il mese stabilito dall'articolo 161, un giorno passa e non si compie l'ultima inserzione dell'ultimo stabilimento sociale, potrà un socio afferrare quel punto, render inutile tutto ciò che è stato fatto, e sfuggire alla convenzione facendo cadere la società? Ben guardando, anzichè indulgenza largita al socio, è rigore garante dell'ordimento legale. Coloro a cui preme, sono costretti a continuar gli atti senza interruzione per non vedersi in un bel momento sfasciarsi la società, oggetto delle loro cure. Difatti, in quel periodo d'illegalità, basta la negazione d'un socio per

(1) 22 aprile 1837 (*Journal du Palais*, tom. II, pag. 556).

(2) *Journal du Palais*, 1839, tom. I, pag. 354.

(3) Sirey, tom. XLI, part. I, pag. 219.

(4) Sirey, tom. XL, part. II, pag. 206. — Non si finirebbe così presto se si volessero indicare le opinioni diverse e contrarie. Essere tali formalità d'ordine pubblico, indeclinabili, insegnarono Bosson, *Question sur le Code de commerce*, t. I, IX, p. 19; Frémery, pag. 30; Becane, *Question sur les sociétés*, pag. 35; Molinier, *Droit commercial*, t. I, nº 280; Troplong, *Des sociétés*, nº 241; Mornier, *Du contrat commercial*, pag. 24. Decisioni in questo senso possono citarsi, oltre le enunciate: Lione, 4 luglio 1847, che arrivò a dire che la nullità risultante dal trascorso dei quindici giorni, può esser invocata anche buon tempo dopo, e malgrado fatti palesi di accettazione e di esecuzione; Nimes, 9 dicembre 1829; Bruxelles, 15 febbraio 1850, ed altre. Decisioni contrarie, in senso che tali irregolarità o nullità non sono d'ordine pubblico, si contano Grenoble, 24 luglio 1825; Rouen, 10 settembre 1824 (Cassazione francese, 12 luglio 1825); Bordeaux, 26 dicembre 1829. Oltre gli autori citati, Malpeyre e Jourdain, pag. 115; Persil, pag. 214 e seg.

(5) Delangle, *Des sociétés*, nº 337; Bédarride, nº 358; Alauzet, *Comm.*, nº 224. In due decisioni del 19 luglio 1825 e 6 giugno 1831 la Cassazione ebbe a dire che *il termine dei quindici giorni* (e così diremo dei termini consimili) *è puramente secondario.*

(6) In effetto, usandosi di questa facoltà, la società si annulla, come veniamo a dire; si annulla *de jure* quale conseguenza; *non si domanda la nullità*, non s'istituisce un giudizio a quest'oggetto in via d'azione; un giudizio astratto di nullità, quasi la *nullità derivi dall'inosservanza* e non piuttosto da una dichiarazione d'animo del socio.

mandar tutto a soqquadro. La società *è risolta di pieno diritto* (1). Ciò non sarebbe l'effetto naturale del mancare di un socio quando molti altri possono sostenere la società (art. 139): ma la legge calca la mano, spezza la macchina, indignata dell'onta sofferta.

546. Sullo scorrere di questi termini, bisogna fare un'avvertenza, che *qualche condizione* non sia apposta al perfezionamento del contratto sociale (2). È chiaro che in questo caso, il termine dei 15 giorni non parte che da quello della verificata condizione.

Ma intorno a ciò è nato il dubbio, se la pubblicazione fatta *pendente ancora la condizione*, fosse operativa in faccia ai terzi. Si è risposto che no. Lo scopo della legge, si disse, non sarebbe raggiunto (Cassazione francese, 4 agosto 1817). Nella specie esaminata dalla Corte trattavasi di una società inaugurata da persona che non era munita di poteri sufficienti; aveva promesso per altri soci, obbligandosi a presentare le ratifiche. Pose la Corte suprema, che la società non era in tal guisa legalmente costituita, rimpetto ai terzi; che presentandosi anche la ratifica, non avrebbe effetto retroattivo. Infine appresso questo fatto, doversi rinnovare le formalità della pubblicazione.

O si consideri la cosa nell'aspetto di una condizione mista, o se vuolsi, di una condizione casuale, devesi pur sempre, a senso mio, ritenere che la pubblicazione *di una società condizionale*, è irregolare e come non avvenuta. I terzi sono lasciati in profonda incertezza; chi li erudisce dell'avveramento della condizione? ma prescindendo da questo, vi ha, per così concludere, una ragione solidissima che presto s'intende. Nelle facoltà condizionali, lo avvenimento posteriore si reputa avere avuto esistenza nell'istante in cui fu acquisita la facoltà; ciò per altro riguarda la costruzione del diritto, il suo intrinseco e non la manifestazione onde si estrinseca; questa *fictio juris* regola i rapporti del soggetto di diritto coi suoi debitori; non concerne quelli che, desunti da un ordine d'idee affatto diverse, esso ha o può aver coi terzi. I terzi vogliono due cose: 1ª la manifestazione dello stato della società; 2ª che lo stato della società sia certo, preciso e in grado, diremo così, di entrare in funzione; non dubbio, non equivoco, non condizionale, non dipendente da futuri fatti. Che l'avvenimento posteriore valga al socio come se contemporaneo al suo ingresso nella società, per conseguire gli stessi lucri, far parte delle medesime operazioni, ecc. è affare interno e al pubblico non interessa. Il pubblico che ha avuto una rivelazione così insufficiente e inetta, ha tutto il diritto di averne una schietta, regolare e positiva: la legge gli guarentisce questo diritto.

—

547. *Sull'articolo* 165.

La decisione di questo articolo, considerata nel suo spirito, è saggia. Bisogna dar tempo per assestare gli affari sciogliendoli senza precipitazione e senza sforzo, mentre non può l'amministrazione arrestarsi ad un tratto. Segue il capoverso che non è nuovo, ma sempre un pochino imbarazzante (3).

Si viene a dare un tocco sul tasto della scienza individuale come compenso delle formalità legali: materia da noi svolta nel nostro numero 538. Veramente il capoverso dell'articolo 165 non accenna a surrogati della pubblicazione. Esso la suppone compiutamente eseguita.

Come dunque si propone il dubbio sulla scienza dello scioglimento, se già si è proclamato a suon di tromba a tutto il mondo? Se l'articolo si prende alla lettera, sarebbe in contraddizione con se stesso, sarebbe inintelligibile. La società ha continuato negli affari: ebbene i soci potranno sempre opporre ai terzi la società nuova, quantunque contraente colla formula antica, giacchè i terzi non potevano ignorare lo scioglimento della precedente. Non si può accettare una spiegazione così assurda: ce ne dev'essere un'altra: ma non può escire che con una specie di parafrasi intorno ad amendue i capi dell'articolo per ravvicinarli.

Il primo capo fa la solita distinzione: *nel rapporto dei terzi, nel rapporto dei soci*. La società s'intende durevole *per un mese* dopo la pubblicazione, ecc. rispetto ai terzi. Io credo che ivi si alluda *ad affari convenuti prima dello scioglimento e non ad affari nuovi;* e ora ne dirò il perchè. *Se affari nuovi*, non sarebbe più vero che la società è cessata nel suo esercizio attivo; essa continuò di fatto. E allora non può concepirsi il termine in cui sia per finire questa società che, dopo aver pubblicata la propria cessazione, continua come prima e si proroga indefinitamente colla consueta con-

(1) *Di pieno diritto* nel momento della notificazione. Non è risolta, se nessuno dei soci solleva il suo veto.

(2) Per esempio allorchè i soci *A.* e *B.* abbiano provveduti certi capitali; o il socio *C.* abbia giustificato con documenti la libertà degli immobili ceduti alla società, ecc.

(3) È del tutto l'articolo 37 del Codice di commercio albertino.

correnza commerciale. Così prolungando la propria vita di fatto, agendo sotto la stessa divisa sociale, continuerebbe eziandio *il rapporto dei soci fra loro* mentre le loro obbligazioni rispettive si verrebbero complicando nel continuato esercizio e non si potrebbe mai venire ad una liquidazione.

La società *non si ha per risolta*, s'intende adunque per quello sviluppo di affari che consegue, a così dire, naturalmente dalle precedenti transazioni, e in qualunque modo ivi abbia causa e radice. La società, supponiamo, acquistò un carico di merci ancora viaggiante su nave staccata dall'isola di Cuba quando venne il tempo della cessazione volontaria (1). Pochi giorni appresso la nave approdò felicemente al porto di Genova, luogo del destino. L'amministrazione sociale, durando ancora il mese, ha dovuto pagare il prezzo; e lo ha fatto in nome collettivo. L'interesse della società, che è pur quello de' suoi creditori, ha consigliato di far tosto un contratto di quelle merci; e si sono negoziate ad ottimo mercato. Ecco una operazione pedissequa, conseguente, quantunque in se stessa sostanziale e, fino a un certo punto, spontanea. Possiamo fingere un altro genere di operazioni delle più comuni. Effetti di portafoglio in iscadenza si sono realizzati; altri si sono negoziati per provvedere a scadenze in debito della società. Si è insomma continuato il movimento attivo prima della liquidazione che è la sua tomba. Tutto il personale dei soci permane obbligato verso i terzi.

Non sono poi d'avviso che l'articolo 165, nella prima sua parte, accenni ad affari nuovi assolutamente, non richiesti, in certa guisa, dall'amministrazione od occasionati da affari già fermati o deliberati innanzi. Sta bene che, in ordine a questi, tutto il personale dell'antica società ne risponda. Esso ne risponderebbe ad ogni modo; un passo di più, qualche sgroppo che ha agevolata la evasione del negozio, non cangiò i rapporti di debito e di credito, invece ne favorisce la soluzione. Ma per gli affari assolutamente nuovi (2) il discorso è corto: o la società che ancora è in vista del mondo commerciale, si obbliga sotto la stessa ragion sociale, è naturale il dire che le stesse persone vi sono tenute; e che in sostanza la società non è cessata, ma riprende nuova forza e vigore, e si potrebbe giunger a tale da dovere, dopo un certo tempo, fare un'altra pubblicazione, divenuta la prima insufficiente. O la nuova impresa si assume con diversa ragione, e in sostanza si presenta un diverso individuo sociale, siamo fuori della contemplazione dell'articolo 165: è un'altra società: regolare o no, ma è sempre una società diversa.

Ed io credo che il capoverso sia appunto riferibile a questa condizione di cose. Assunto il negozio sotto la stessa ragion sociale, *si presume la identica persona sociale*,. Ma nella realtà del fatto, uno o più soci possono essersi levati dal numero: il terzo contraente *lo sa;* conosce che l'antica società non funziona più che pei residui e benchè operante, non effettua infine che la sua liquidazione. Il terzo contraente sa che la società, con cui oggi contrae, si compone di altri membri, e che l'antica, come bene può avvenire, si è ritirata completamente dal commercio, e non si occupa più che del suo regolamento interno, ecc. Tale, secondo me, è lo spirito di questo disposto, le cui parole, l'ho già detto, non sono le migliori per esprimere il suo savio concetto.

SEZIONE IX.

Dello scioglimento e liquidazione delle società.

Articolo 166.

Le società commerciali si sciolgono

1° Per lo spirare del termine stabilito alla loro durata;

(1) La cessazione *in termine* può dirsi necessaria. Allora tutto finisce e va in liquidazione. Perciò l'articolo 165 parla sempre di cessazione *prima del termine stabilito per la loro durata*.

(2) Fingiamo una società di costruzioni, che pubblicò programmi più o meno limitati, la quale nel mese della pubblicazione dello scioglimento piglia l'incarico di fabbricare il porto di Brindisi, al quale non si era mai pensato.

Digitized by Google

2° Per la mancanza o cessazione dello scopo della società o per impossibilità di conseguirlo;

3° Per il compimento dell'impresa;

4° Per la morte o l'interdizione del socio o dei soci amministratori nelle sole società in nome collettivo o in accomandita semplice, se non è stato altrimenti convenuto nell'atto di società;

5° Per il fallimento della società ancorchè seguito da concordato.

548. *Introduzione. Prospetto generale dell'articolo.*

549. *Sul numero 1°.*

Regola di tempo; modo di computarlo; prevalenza dell'oggetto sull'ordine materiale; questioni di volontà e di fatto.

550. *Sul numero 2°.*

Innovazione da esso recata sulla legge civile. Carattere di questa innovazione. Efficacia che ancora rimane nelle cose commerciali all'articolo 1731 *del Codice civile italiano. Rinvio.*

551. *Questioni sollevate dall'articolo* 1867 *del Codice Napoleone, al quale è conforme l'articolo* 1731 *del nostro Codice civile. Genesi di quella disposizione; e come nel redigerlo fosse perduta di vista la principale obbiettiva, avvisata nel primo progetto. Ragioni che prevalsero.*

552. *Continuazione. L'articolo* 1731 *non contiene deroga di sorta ai principii che informano la teoria della tradizione consensuale.*

553. *Dello scopo mancato o cessato. Della impossibilità di conseguirlo. Estensione che conviene attribuire a questo concetto.*

Dell'azione che hanno i singoli soci di provocare lo scioglimento delle società in critiche circostanze.

554. *In commercio la perenzione di cosa che un socio deve conferire, non produce di diritto lo scioglimento della società; esposizione più sviluppata dell'art.* 1731 *del Codice civile.*

555. *Della triplice azione al cui alternativo esercizio può dar luogo il mancamento dei doveri sociali; e in quali contingenze può chiedersi lo scioglimento totale della società.*

556. *Sul numero 4°.*

557. *Sul numero 5°.*

Della intimità dei rapporti personali, che fu lo spirito delle prische legislazioni, svolgendosi coll'andar dei tempi il concetto della società commerciale; e questa estendendosi a più largo campo di azione, e con organismo ignoto agli antichi, si è dovuto stabilire che la morte o interdizione di un socio non produce scioglimento della società.

558. *Continuazione della società negli eredi. Come dalle circostanze possa modificarsi questo principio.*

559. *Ragioni per cui la legge ordina lo scioglimento per la morte del socio amministratore rispetto alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, e non rispetto alle società per azioni.*

560. *Se l'atto sociale non attribuisce facoltà alla società esercente di nominare, nel caso indicato, un nuovo amministratore, i soci, neppure a voti unanimi, possono ciò eseguire.*

561. *Quali conseguenze se nonostante i soci convenissero nella nomina di nuovo amministratore, e proseguisse l'azienda sociale col concorso degli eredi?*

Cenni di teoria generale per valutare i fatti di continuazione o prorogazione d'una società giuridicamente sciolta.

In quale stato di cose gli eredi del socio amministratore defunto si ritengono venire come nuovi associati, non tenuti dei fatti del loro autore che tamquam hæredes.

562. *Sul numero 5°.*

Il fallimento del socio non è più considerato fra le cause dissolventi le società commerciali siccom'era prima del Codice attuale.

563. *Ogni società commerciale, cessando i suoi pagamenti, cade in fallimento. Controversie ed opposizioni che sotto altre legislazioni si erano sollevate per non estendere questo postulato alle società anonime.*

Digitized by Google

564. *Si dimostra l'equivoco e la erroneità di tali opinioni.*
Perchè la legge accenni al concordato.
565. *Secondo i passati Codici l'accessione dei creditori del fallito costituiva società nuova. Osservazioni di* Merlin.
In confronto della legge attuale non sarebbe che la continuazione.
566. a) *Data la continuazione della società nei creditori del fallito, sono essi, personalmente, solidariamente, o in qual'altra maniera obbligati, pei debiti della società contratti prima o dopo il fallimento?*
b) *Se il socio fallito non era che un capitalista, un accomandante, in quale rapporto vengono a trovarsi i creditori di lui verso la società?*
c) *I soci del fallito avranno diritto di respingere i creditori che volessero proseguire nella rappresentanza di lui la negoziazione sociale?*
d) *Il diritto della dissociazione appartiene altresì ai creditori del fallito?*
567. *Se una società commerciale essendo istituita a tempo illimitato, sia lecito a taluno dei soci di rinunziarvi in ogni tempo, purchè senza nocumento dei consoci, e così disciolvere la società.*
Escursione sulle teorie dedotte dal diritto romano.
568. *Delle dottrine invalse negli ultimi tempi, anteriori alla presente nostra legislazione, essendo in vigore la regola di diritto civile, che è sempre libero sciogliersi dalle società di tempo illimitato.*
569. *Che risolvere in ordine alla odierna legislazione commerciale, che fra le cause della dissociazione più non annovera quella del recesso volontario?*

---

548. Una capitale variazione ci arreca la nuova legislazione di commercio.

Fin qui i Codici di commercio si erano abbandonati al civile, dal quale andavano ad apprendersi le cause per cui le società commerciali si disciolgono. Specie di applicazione fotografica al commercio, di una veracità incontestata. In quella cerchia si aggiravano le osservazioni e le chiose degli scrittori, fissati, a così dire, sul testo, senza levarsi a considerazioni di gius costituendo. L'articolo 1729 del Codice civile italiano null'aggiunse alla vecchia redazione dell'articolo 1865 del Codice Napoleone. Certi come siamo che tutti quei dettamenti subirono la più accurata disamina negli ultimi tempi, restiamo convinti che il nostro articolo 1729 soddisfa ai bisogni delle società civili. Ma allo scioglimento delle commerciali si trovò non convenire in ogni parte; e s'introdussero novità d'alto rilievo. Le principali sono: 1° che la morte, la interdizione, la non solvenza di alcuno dei soci che non sia amministratore, non ha più per conseguenza assoluta e legale lo scioglimento della società; 2° la soppressione di quel disposto (1) per cui era data facoltà a taluno dei soci di far venir meno la società col disdire il consenso proprio alla continuazione. Il grave commento che noi destiniamo al presente articolo ricercherà tutto ciò che può esser degno di attenzione nelle singole sue parti; ora ci basti tratteggiare in passando la fisonomia, userò questa frase, di una legge che tanto si scosta dalle precedenti. Una maggiore durevolezza e stabilità si è voluta guarentire alle società di commercio; metterle, come dire, al coperto da eventualità troppo frequenti, troppo comuni; accordarvi una maggior forza d'insieme; una coesione più energica; una presa maggiore. La durata della società interessa specialmente ai soci che, riunite grandi forze per grandi imprese, hanno bisogno di tempo, e, per quanto è possibile nelle umane cose, di poter contare sul tempo. I bruschi movimenti, gli sbalzi repentini, disturbano il credito, lo sviano dalle correnti che si è già formate, e talvolta lo dissipano, comprimendone lo slancio. Ingrandita da ogni parte la teoria commerciale, noi vediamo con piacere che omai si comprende la indipendenza della legislazione del commercio, e il carattere progressivo che la distingue.

549. *Sul numero 1°.*

Al termine stabilito la società cessa di pieno diritto (2); quantunque un ammasso di negozi si

---

(1) Articolo 1729 del Codice civile, n° 5.
(2) « Quod si tempus finitum est, liberum est recedere, dummodo sine dolo id fiat » (Leg. *actione 65 pro socio*). « Scilicet sine ulla disdicta, in-

trovi pendente e ne sia interrotto il corso. I consoci possono trovarsene imbarazzati; ma si risponde ch'essi sapevano; che vedendo avvicinarsi il termine, doveano porre la debita misura alle loro operazioni (1).

Ma non sempre è dato ai consigli della prudenza con siffatta misura procedere; ora sei tratto dalla foga degli affari; ora si tolgono imprese che non si possono poi arrestare a un punto fisso; principii opposti sembrano venirsi incontro: il tempo finito, l'oggetto sociale non esaurito; l'uno spinge alla cessazione, l'altro vuol mantenuta la società a pena dei danni (2). Amendue sono veramente questioni di tempo, ma una regola le domina; ed è, che il tempo determinato è più forte, più decisivo di quello indeterminato ed incerto, che dipende da avvenimenti soggetti a modalità o condizioni (3). Vero è che la varietà indefinibile delle formule convenzionali potrebbe presentare un tema di dubbio nella discussione pratica; perchè altro è il dire: *l'oggetto della società è la scavasione delle miniere di..... e la negoziazione dei materiali; la società dura tre anni*; ed altro è il dire: *dovendosi compiere entro tre anni la scavazione, ecc., la società è limitata al termine di tre anni*. Nel primo caso la idea del tempo è assoluta; l'oggetto della impresa è indicato senza influire sulla durata; nel secondo il tempo è o può essere condizionale, mentre la ragione di finalità si associa alla espressione della durata che diventa opinativa e si subordina al compimento dell'affare e della negoziazione, come causa finale della impresa (4).

Sono questioni di volontà e di fatto. In certe società che hanno per oggetto la negoziazione su fiere e mercati periodici che si tengono e, più che adesso, si tenevano una volta in città e borghi a ciò indicati, non è insolito dichiarare che la società finirà *tertiis* o *quartis nundinis*. È accaduto che la terza o quarta fiera venne sospesa per ordine del governo, a causa, per esempio, di peste, o fu impedita da tumulti di guerra, onde si fece questione se la società fosse finita o dovesse prorogarsi alla fiera successiva; intorno a che disputandosi in Rota (5), si propose una ingegnosa distinzione. O i soci erano pronti ad entrare in mercato colle loro salmerie e farvi il solito commercio, qualunque sia l'impedimento sopravvenuto, la società per virtù di tempo è finita. Che se le cose non erano pronte alla negoziazione, e in effetto, permesso anche il mercato, non si sarebbe praticato, dovesse intendersi la società prorogata per volontà medesima delle parti. La conclusione non era buona secondo altri (6); non reggere la distinzione; essendo annuali le fiere, la terza fiera significa semplicemente il terzo anno; la società è dunque finita, avverandosi al terzo anno il termine della sua durata.

Ciò può esser vero in dati casi, ma non potrebbe elevarsene un criterio direttivo. La durata della società si misura dal quadrante solare; o può misurarsi dalla consumazione di certe operazioni che ci proponiamo di compiere insieme di tempo in tempo. Io stimo molto diverso stabilire alla durata della società il tempo naturale, o piuttosto fatti rappresentativi di esso in quanto hanno soste misurate o periodi che possono servire a forme cronologiche, come usiamo computare per indizioni, e per olimpiadi usavano i greci. In questo secondo caso l'idea rappresentativa non è che una deduzione che noi facciamo, e può dirsi un traslato; e nella realtà quello che abbiamo in vista è un fatto commerciale la cui successione, come regola di durata, deve principalmente attendersi e tenere a scorta. È la considerazione dell'oggetto che prevale. Se pure in questo è misura di tempo, come in tutte quelle società la cui durata più o meno estesa dipende da eventualità quali si vogliano, il tempo è incerto e non determinabile *a priori*, del quale soltanto si occupa il n° 1 dell'articolo 166.

---

550. *Sul numero 2°*.

Come si è rilevato al nostro n° 548, la moderna legislazione commerciale ha portato in questa parte notevoli cangiamenti alla civile. Osservabile fra gli altri è questo n° 2. La novità sua è piuttosto di forma che di sostanza,

---

« terpellatione, protestatione, aliave animi declaratione, nam dies appositus pro fine societatis, ex ipsa indole, et natura temporis limitati interpellat pro homine » (ZANCHIUS, *De soc.*, cap. IV, pars IV; MICHALOR, *De fratr.*, part. II, cap. XXXVI, num. 26).

(1) ZANCHIUS, cap. suddetto, n° 8.

(2) Leg. *actione*, detta: « Si societatem inéamus ad aliquam rem emendam; deinde cum solus voluerie eam emere, ideo renunciaveris societati ut solus emeres, teneberis quanti mea interest ».

(3) In ragione di tempo incerto e determinato la società non finisce *ipso jure*, e la cessione dev'essere denunciata come si espose in più luoghi.

(4) Ne discorse DUVERGIER nell'opera continuativa di TOULLIER, tom. V, num. 413 e 414.

(5) Rota Januens apud BELLON, decis. 27, n° 10.

(6) CEPHAL., cons. 479, tom. IV, n° 265 e seg.

nondimeno interessante per la maggiore ampiezza della espressione, e per averci messo in grado di sfuggire a quelle controversie che insorsero sulla intelligenza dell'articolo 1867 del Codice Napoleone, ricopiato dal 1890 del civile albertino, e di nuovo nel 1731 del nostro Codice civile italiano.

Non posso a meno di trascrivere quest'ultimo articolo, sul quale ho bisogno di estendere il mio esame. « Se uno dei soci ha promesso « di mettere in comunione la proprietà d'una « cosa, e questa perisce prima che sia stata « realmente conferita, la società rimane sciolta « riguardo a tutti i soci. — Parimenti rimane « sciolta in qualunque caso per la perdita « della cosa, quando il solo godimento fu posto « in comunione, e la proprietà è rimasta presso « del socio. — Ma non rimane sciolta per la « perdita della cosa la cui proprietà fu già « conferita nella società » (articolo 1731 del Codice civile).

Forse alcuno dirà che questa disposizione rimane oggidì estranea al commercio, così ragionando. In fatto di società civili abbiamo una regola stanziata nel nº 2 dell'articolo 729, che *la società finisce* PER L'ESTINZIONE DELLA COSA. L'articolo 1731 non è che uno sviluppo di quel canone fondamentale, una spiegazione necessaria, atteso i limiti che viene a subire il principio. Difatti questo articolo parla ancora *della estinzione*, determinando, in varie ipotesi, e rispetto alle conseguenze, l'esistenza della società. L'articolo 166, nº 2, del Codice di commercio non parla più di *estinzione*, esso dice invece che la società si scioglie — *per la mancanza o cessazione dello scopo della società, o per impossibilità di conseguirlo*. Non vi è dunque veruna attinenza fra le due disposizioni, l'una dell'ordine civile, l'altra del commerciale; e l'una non si spiega per l'altra.

Questo discorso che potrebbe diventare una critica per il glossografo che volesse occuparsi di materie estranee al proprio soggetto, questo discorso che non manca di serietà giuridica, può avere dei risultati che è mio debito prevenire. La questione adunque è nel sapere, se l'articolo 1731 del Codice civile avrà mai più influenza nelle società commerciali dopo la comparsa dell'art. 166 del Codice di commercio. Io invece sono convinto che quella legge ha ancora il suo grado di applicazione nelle cose di commercio; e però debbo trattarne. Il nº 2 è la felice adozione di una formula molto più comprensiva; di una formula che afferrando il risultato, prescinde dalle cause efficienti che possono essere molteplici, e niuna pertanto n'esclude. Per più cagioni può mancare uno *scopo* precipuamente avuto in vista, o trovarsi una società di commercio nell'*impossibilità* sia di assumere, sia di continuare la impresa. Quella che chiamasi *estinzione della cosa* (*rei peremptio*) può ben esserne una e la più fatale. I nostri antichi che sistemarono stupendamente, per quanto portavano i loro tempi, la teoria della società, ne favellarono di proposito (1). L'articolo 166, nº 2, non accennando piuttosto l'una che l'altra causa, fa dipenderne dalle circostanze imprevedibili del fatto il momento, la forza, e la efficacia più o meno disastrosa alla esistenza della società. La sola differenza osservabile veramente che io incontro, si è questa: che mentre nel passato sistema l'articolo 1731, o altro di ugual tenore, comandava lo scioglimento della società, eziandio commerciale nei casi ivi contemplati, *oggi è solamente una possibilità*. Ma quella possibilità realizzandosi, è sempre l'articolo 1731 che ci porge la soluzione. In altre parole, questa legge offre una delle specie per cui può esser fatale ad una società di commercio perire; senza però condannarla *a priori*, potendo benissimo accadere, ed accadrà le più volte (per la potenza grande delle moderne associazioni), che se una cosa importata o promessa venga a perire in potere della società o in potere del socio, la società tuttavia non venga meno alla sua impresa (2).

Così circoscritta l'importanza commerciale dell'articolo 1731, verrò a discorrerne specialmente (3).

551. Niuno ignora quali e quante disputazioni eccitasse l'articolo 1867 del Codice Napoleone: articolo celebre *per proverbiale oscurità*, secondo la espressione di qualche scrittore. Eppure noi lo abbiamo raccolto negli identici termini! (4). Se quella formula meritò

(1) Leg. *verum* 64 § fin. Dig. pro socio (SCHRADER, *De contract.*, tit. XXVI, vº *De societat.*, nº 59; MICHALOR, *De frat.*, part. II, cap. 58; MANTICA, *De tacit. et ambig.*, lib. VI, tit. XXV; DE UBALD., *De duob. fratr.*, part. II, nº 5, ecc.).

(2) Più ampia spiegazione vengo a darne al numero 554.

(3) Il Codice austriaco contiene una disposizione assai migliore: il concetto alquanto più ristretto del nostro art. 166: « La società si scioglie per se stessa « quando l'intrapreso affare sia compiuto, o se non « possa continuarsi; *se siasi perduto l'intero fondo « comune:* ovvero quando sia passato il tempo per « la durata della società ».

(4) E prima di noi il Codice civile delle Due Sicilie (articolo 1740), quello di Parma (articolo 1756),

la sua riputazione; se i nostri legislatori ne erano dotti, perchè non si è aggiunta qualche parola di schiarimento; perchè non si è migliorata la dizione nella quale veramente sembra consistere la difficoltà?

In faccia a controversie storiche (1) non possiamo dispensarci dal portare noi pure la nostra attenzione su questa legge, per quanto ci sembri meno oscura che ad altri non sembrasse.

Se il fondo sociale è annientato, se *intereunt res cum aut nullæ relinquantur aut conditionem mutaverint* (2): la società è finita. Questo canone fondamentale è scritto nell'articolo 1720, n° 1, colla formola — *per l'estinzione della cosa*. Ma la perdita parziale produrrebbe lo stesso effetto? Perdite e guadagni si fanno collo svolgersi della vita sociale; alti e bassi, per cui monta e discende e pericola; ma nè di questo continuo avvicendarsi, nè del naturale processo delle negoziazioni nei buoni o continui loro risultamenti, poteva occuparsi il legislatore per dettarvi delle regole: era d'uopo bensì avere dei principii stabili su questi tre punti: 1° quali conseguenze dalla perdita totale del capitale e dell'oggetto determinato della negoziazione? 2° a danno di chi periscono le cose conferite nominalmente o effettualmente conferite nella società? 3° quale sarà l'effetto della perenzione della posta sociale che un socio ha recata o doveva recare alla comunione?

Il primo quesito è risolto dall'articolo 1720, n° 1. Del secondo si è discorso altrove (3), e non ha rapporto allo scioglimento della società. Al terzo quesito risponde l'articolo 1731 (articolo 1867 del Codice Napoleone).

Si conoscono le variazioni che subì il progetto avanti che la redazione di quest'ultimo fosse fissata. Il pensiero del primo progetto aveva un carattere oggettivo molto deciso: « S'il a été contracté société pour y mettre le « prix de la vente à faire en commun de plu« sieurs choses appartenantes à chaque asso« cié, et que la chose d'un d'eux périssé, la « société est eteinte ».

È stato giustamente osservato che questo concetto era tolto di peso dall'opera di POTHIER sulle società (n° 141), che a sua volta lo apprese dal giureconsulto romano (Leg. 58 Dig. pro socio). Nulla di meglio: uno di quei pronunciati dell'antica sapienza che i posteri sono avvezzi a venerare.

Venne il progetto di BERLIER al Consiglio di Stato, e questo proponeva, in riforma del precedente: « La chose que l'un des associés « devait mettre dans la société, et qui a péri, « opère la dissolution de la société.

Si è detto che con ciò non si faceva che generalizzare l'idea del primo progetto troppo ristrettivo, non presentando che una regola esemplare (TROPLONG, n° 923). Quanto a me, trovo che il concetto era profondamente alterato. Nel canone di ULPIANO è colpito proprio l'oggetto nella materia sociale: la intenzione, lo scopo è *di trafficare il prezzo dei fondi*: uno o più dei fondi periscono, la materia non esiste più; ed era facile estendere la regola a qualunque perenzione di cosa, *oggetto o materia*, principale, diretta, della negoziazione. Vi subentrò un'idea meschina e in gran parte falsa; annullare la società per la perdita di una posta sociale! Senza considerare nè l'importanza del capitale perduto; nè le forze del patrimonio sociale; nè quale fosse la intenzione delle parti, nè quale assegnamento si fosse fatto su quel capitale nel costituire la società.

Vi era un lato nella teoria del giureconsulto, il quale conveniva ai riformatori del primo progetto, e servì di norma. Le cose non erano state realmente conferite in società, non dovendosi trafficare che il prezzo; rimaste presso i soci, erano perite a danno loro. Assunti soci in quanto importassero dei capitali, non per qualsivoglia contributo personale; non potendosi somministrare altri fondi, la società era estinta (4). Ho avvertito che in questa dottrina eravi un lato che corrispondeva all'idea di quei

---

della Repubblica ticinese (articolo 915), di Sardegna (articolo 1890), ecc.

(1) Bisogna ben dir così quando si rammentino gli scrittori che hanno versato inchiostro su questo soggetto, nè tutti li accenno. FÉNET, tom. II, p. 378; PARDESSUS, n° 988 e seg.; MALEPEYRE e JOURDAIN, num. 65, 403 e seg.; FÉLIX, *Revue étrang.*, 2 febbraio, tom. IV, anno 80°; TOULLIER, t. VII, n° 431 e seg.; DUVERGIER in TOULLIER, tom. V, num. 414 e seg.; DURANTON, tom. XVII, num. 467; TROPLONG, num. 916 e seg.; MARCADÉ all'articolo 1867 del Codice Napoleone; ALAUZET, num. 261 e seg.; DELANGLE, *Société commercial*, tom. I, num. 74; ZACHARIÆ, t. III, pag. 412, § 384, e tutti nell'aspetto di ben grave controversia.

(2) ULPIANO, nella Leg. 63 § 10 pro socio. TROPLONG, num. 918.

(3) Vedi il nostro num. 488.

(4) Così precisamente POTHIER: « Quando due « persone (avvertite questo numero) hanno con« tratto società per vendere in comune certe cose « che loro appartengono, e *che non abbiano poste in « società le cose stesse, ma il prezzo che perverrebbe « dalla loro vendita;* se prima della vendita le cose

Digitized by Google

legislatori, ed è: che si trattava di cose *non ancora entrate* nel dominio della società. Camminandosi in questo senso, lasciato da parte l'oggetto come regola direttiva, il Tribunato sviluppava il pensiero del secondo progetto; e gli era facile proporre una redazione che poi divenne definitiva nell'articolo 1867.

Fabbricato su cotal base, la sua intelligenza era facile. Per noi che lo leggiamo nel nostro articolo 1731, s'intende senza sforzo. O il socio *abbia promesso* di mettere in società la proprietà di una cosa; o non sia stato posto in società che il godimento, il frutto; se la cosa perisce, nel primo caso, avanti l'adempimento della promessa; nel secondo, in qualunque tempo, la società si scioglie. Il socio al quale era rimasta la proprietà, sul quale pesa la perdita, sparisce, a così dire, colla sua proprietà, non potendo altro recare ad alimento della negoziazione sociale, e venendo con ciò a perdere la sua qualità di socio.

All'incontro se la cosa perisce *dopo che la proprietà sua è passata nella società*, questo avvenimento non produce la dissoluzione; il socio che l'aveva conferita ne risente la perdita coi consoci in quella proporzione che lo riguarda; il patrimonio sociale ne rimane indebolito, ma la società non si estingue.

Tutto ciò non toglie che la società stessa, divenuta proprietaria, non sia per cadere, ove i beni vengano a perire in mano sua, se la *peremptio* equivalga all'*estinzione della cosa* (articolo 1720, n° 1), ossia di quel maggiore capitale che forma la precipua e più valida sua forza.

552. Nè qui si fermano i dubbi sollevati dall'articolo 1867 (1). Si credeva vedervi una deroga implicita di principii fondamentali del Codice; il sistema della trasmissione consensuale e metafisica della proprietà parve minacciato, poichè, non avvenuta la materiale tradizione delle cose, si stabiliva, che la società non n'era divenuta proprietaria, e dovevano quelle perire a danno del contraente.

Il Pardessus, dalle sentenze pensate e sempre degne di riverenza, sentì egli pure nell'art. 1867 qualcosa che non era in armonia coi principii generali « sur l'effet des promesses « de livrer des corps certains ». La differenza, però soggiungeva, dev'essere motivata dalla varia natura dei contratti. Il contratto di società, quantunque perfetto col solo consenso, non produce giammai una *obbligazione di dare*, creando fra i contraenti dei rapporti personali, che tengono più presto alla *obbligazione di fare*, onde il contratto diventa condizionale. La consegna della cosa che nelle comuni attinenze di venditore e compratore è il termine della contrattazione, nella società non è che il principio di quelle relazioni che dureranno quanto la società stessa. I contraenti si presume essersi riuniti in società alla condizione espressa che ciascuno di essi porterebbe una quota reale, effettiva, nel fondo comune, senza di che la società non avrebbe oggetto nè mezzi di esistenza. Egli è come dell'assicurazione che, perfetta pel solo reciproco consenso, tuttavolta non produce effetto se non cominciato il rischio (2).

Délangle si associa a questa opinione. Il suo modo di esprimersi è però meno esatto. Egli crede che l'articolo 1867 *abbia derogato* al principio generale scritto negli art. 1038, 1302 del Codice Napoleone (3). A rigore di linguaggio, deroga non c'è; si tratterebbe invece di un contratto *sui generis*, di un contratto personale, di relazioni che non potevano entrare nelle vedute del legislatore dettante un principio proprio dei contratti reali (4).

Checchè si dica, la volontà del legislatore è manifesta. Nel primo periodo dell'art. 1731 non si discorre che *di una promessa di conferire*. Una promessa non equivale a dazione effettiva; e quindi non può immaginarsi tradizione di veruna maniera. Neppure il caso preveduto nel secondo periodo può suscitare una ragionevole polemica sul modo d'intendere la tradizione. Si può benissimo ammettere la tradizione consensuale, attesochè la società godendo il frutto deve possedere il fondo; ma si ammette anche di leggieri che, non essendosi mai voluto trasferire la proprietà, il fondo perisce, come di ragione, al proprietario, e la società si scioglie, crollato uno dei suoi più solidi appoggi. Finalmente il terzo periodo dell'articolo è in piena correlazione colla teoria

« appartenenti a uno dei soci siano perite, la « Leg. 58 pro socio decide che la società è estinta. « La ragione è la stessa or accennata, cioè che la « società non può più sussistere, *non avendo più « questo socio cosa da contribuirvi* » (detto n° 144).

(1) Ricordo sempre che quello che si dice di esso, dicesi eziandio del nostro articolo 1731, che n'è la copia fedele.

(2) *Droit commercial*, num. 988.

(3) Ai quali corrispondono gli articoli 1125 e 1298 del Codice civile.

(4) Anche gli ottimi scrittori Malpeyre e Jourdain abbracciano la conclusione di Pardessus, num. 65 e 406.

della trasmissione, e con quella della società (1).

Tanto rumor per nulla o quasi per nulla! E TROPLONG ebbe ragione di rimproverare a DURANTON specialmente, un gonfiamento di difficoltà troppo tenui per interessare l'universa giurisprudenza.

553. Ripieghiamoci ora sull'art. 166, n° 2. *a*) Mancanza. *b*) Cessazione dello scopo. *c*) Impossibilità di conseguirlo.

Cosa è questo *scopo* verso il quale la società è attratta; centro « ove pontan d'ogni parte i pesi »; termometro della sua esistenza? Ragguagliato all'epigrafe che segue — *compimento della impresa* — si direbbe che lo scopo è la stessa impresa. Una società anonima si è costituita per utilizzare una miniera d'argento. A un certo punto la vena s'isterilisce; il prezioso metallo si disperde, si confonde nel macigno: *lo scopo è mancato*. Una società si compose al fine dichiarato di vendere materie lavorate in mercati d'oltremare, sbarcandole periodicamente in certi porti. Dopo qualche tempo di prospera negoziazione, fabbriche grandiose dello stesso genere vengono erette, a propizie distanze, dagl'indigeni: non torna più conto proseguire la impresa: *lo scopo è cessato*. È facile coordinarvi l'idea della *impossibilità*. Il triplice concetto del testo si riduce ad unità: la stessa ragione vi domina.

Ma non tutte le società commerciali hanno uno scopo determinato e, per così dire, visibile. La società anonima *è qualificata dall'oggetto della sua impresa* (articolo 129): quello è il suo nome di battesimo: le società personali o miste si slanciano per lo più nel commercio senza direzione fissa; società di guadagno a qualunque affare. È difficile il sapere quando sarà mancato o cessato *lo scopo* ch'ebbero in vista.

Pei quali riflessi siamo condotti ad attribuire alla formula del testo una intenzione più larga e più comprensiva; le società commerciali hanno un fine comune, l'utile materiale per sè e per tutti coloro che vi partecipano; la sicurezza dei loro creditori; l'adempimento dei loro impegni: quello che chiamasi, ed è, l'onore della riuscita. Ben guardando, se la mancanza o cessazione dell'oggetto, che diremo *prossima* (2), è legittima causa per cui la società finisce, la è in quanto quel fine utile, a cui tutti miravano, è svanito. Se questo *scopo finale* vedesi *omai impossibile a conseguire*, se l'impresa viene di nuovo scadendo, e dietro sta l'abisso, giusto è, onesto, doveroso, frenarne la corsa precipitosa; giusto è che la legge ne abbia intimata la dissoluzione, facendone una regola che tutti gl'interessati possono invocare.

Ne abbiamo un solenne esempio nell'articolo 142. Ivi, come si vide a suo luogo, la legge mette avanti un consiglio di prudenza: indi sfodera il precetto. Se il capitale sociale è diminuito della metà, si convochino gl'interessati; si deliberi sul proseguire o abbandonare l'impresa. Se la diminuzione *giunge ai due terzi del capitale*, la società è sciolta di diritto, sempreché quello che rimane non basti a più limitate operazioni. Siamo *nella impossibilità di conseguire lo scopo*.

È forse un ordinamento affatto speciale alle società per azioni, o estende la sua ragione alle altre società di commercio, in circostanze consimili? Ricerca grave e piena di conseguenze. Imperocchè quando ciò si ammetta, nascerà un nuovo diritto nei soci: quello di provocare lo scioglimento di una società declinante al peggio, è omai nella impossibilità di sostenersi.

Quest'azione dei soci contro i loro confratelli che perdurano nell'idea di condurre la società al termine stabilito, malgrado ogni ostacolo; quest'azione è protetta dalla regola scritta nel n° 2 dell'articolo 166, e si esercita nell'interesse loro e in quello dei terzi; è atto leale, ripeto, opera di galantuomo: quel famoso *fermatevi*, illustrato con tanti esempi dal SEGUR, produrrà anche una volta i suoi benefizi, scongiurando lo spettro, che già si appressa, del fallimento.

Concludiamo, dicendo: il regolamento stanziato nell'articolo 142 è particolare alle società azionarie; proprio dell'indole e natura di tali società, non può trasportarsi ad applicazioni diverse per forza di analogia. Ma da esso comprendiamo quello che potrà farsi in casi somiglianti sotto gli auspizi della legge generale, lasciato ai giudici del fatto il decidere se le circostanze siano tali che convenga recider l'albero prima che cadendo porti ai sottostanti danno e ruina. Insomma, se per le altre società non esiste un regolamento che imponga termine alle società per impedire un disastro,

(1) Cioè trasmessa la proprietà, la cosa perisce all'ente sociale, senza che perciò si disciolga.

Chi mi legge attentamente ha già scorto che si può anche prescindere dalla spiegazione del PARDESSUS, quantunque lo convenga pienamente nei principii esposti in quella dottrina. In verità non si trova cosa alcuna in quella legge (art. 1867) che limiti o modifichi il principio della tradizione consensuale.

(2) Non avente ragione di mezzo.

Digitized by Google

ne compete però ai soci l'azione, non essendo omai più costretti a fare l'ultimo esperimento, se più non sorrida speranza di evitarlo.

554. Ma in molti casi una società di commercio può trovarsi alle strette infelici per dover battere in ritirata, atteso il difetto di mezzi a continuare la impresa. Nel precedente numero abbiamo osservata la cosa sotto un punto di vista generale; discendendo a specie particolari, c'incontriamo di nuovo coll'articolo 1731 del Codice civile.

Discorrendone al n° 550, dal confronto di esso articolo col 166, n° 2, del Codice di commercio, abbiamo creduto dedurre *che l'articolo* 1731 *conserva tuttavia il suo vigore nelle società di commercio, in modo però subordinato alla regola statuita nel detto articolo* 166, *n°* 2. In siffatta combinazione il disposto dell'articolo 1731 non può più intendersi imperativo ed assoluto. Ciò abbiamo detto, ed ora, secondo l'ordine del nostro discorso, ne daremo schiarimento.

Se vi ha menda nell'articolo 1731 e nei suoi progenitori, ella è questa, di avere *imposto* lo scioglimento in luogo di accordarne la facoltà a norma delle circostanze. La sua lettera è feroce. « Se uno dei soci ha promesso di mettere in comunione la proprietà di una cosa, e questa perisce..... *la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci.* ».

Ma dominando nei fatti commerciali l'articolo 166, ivi troviamo, come si disse altrove (al n° 548), assai meglio guarentita la esistenza delle società di commercio, meno soggetta a rigori di preconcetti legislativi; e la forzata dissoluzione fatta dipendere da più serie ed importanti cagioni. Ne segue, che la perdita della cosa che doveva effettualmente conferirsi da un socio, e non fu conferita, avrà per conseguenza lo scioglimento della società; ma quando? Quando si verifichi alcuno degli elementi della legge commerciale; *che lo scopo della impresa* sia mancato, o la perdita sia di tal momento e così esiziale, che per tale sventura *sia reso impossibile conseguire lo scopo.* Fingiamo che fra *A.*, *B.* e *C.* siasi combinata una società in nome collettivo allo scopo dello smercio dei cotoni: *A.* deve contribuire gli edifizi e le suppellettili necessarie; *B.* un capitale in danaro; *C.* le merci, che promette di consegnare nei magazzini della società appena le due navi che le trasportano dall'America, saranno arrivate in un dato porto italiano. Viaggio facendo, le navi colle merci sono predate dai corsari. Secondo l'art. 1731 il danno è tutto di *C.*; i futuri soci non sentono altro contraccolpo che la perdita delle spese che hanno fatte per una società che non ha potuto costituirsi. Due cose per altro si verificano congiuntamente in questo caso: 1° che *C.* non potendo surrogare altro fondo equivalente, non è più socio; 2° che la mancanza del suo contributo è di tale gravità, che la società non può più esistere (1).

In una ipotesi più mite, si figura che un gran numero di soci si raccolga per vasta impresa. Organizzata la società in accomandita, venti capitalisti dovranno deporre 20,000 franchi per cadauno. Altri venti sono i soci responsabili, commercianti di polso. Si aggiungono tre soci proprietari, ognuno dei quali deve mettere in comunione la proprietà di un immobile di moderato valore. Il socio *X.*, che è fra questi, dovrebbe dare una casa, che prima della consegna viene distrutta da un incendio. Secondo l'articolo 1731 *la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci.* Non ammettiamo più, come regola, questa conclusione in società di commercio, la perdita essendo troppo lieve per inferirne che *lo scopo della società è cessato, o non può più conseguirsi.* Vi è un socio di meno: ecco tutto. Portando l'osservazione ai correlativi, ne troviamo la rispondenza logica. Nelle società civili la mancanza della persona di un socio per morte, per interdizione, ecc., genera lo scioglimento; nelle commerciali questa semplice evenienza non produce pari effetto. Da ciò la limitata applicazione dell'articolo 1731.

E tuttavia se avvenga il caso in cui si applichi alle società di commercio, si applicherà come suona; e giusta le varie combinazioni ch'esso contempla.

555. L'inadempimento delle obbligazioni assunte dal socio, da involontario, secondo le specie esaminate, può supporsi volontario: quello che accadendo sui primordi della società potè impedirne la consolidazione, può sopragiungere lungo il suo corso; e dar luogo a ricercare se per tutto questo la società andrà sciolta.

È dichiarato nell'articolo 1871 del Codice Napoleone esser *giusto motivo* a chiedere lo scioglimento di una società — *se uno dei soci manchi ai propri impegni, o una malattia abituale lo renda inabile per gli affari sociali:*

(1) Di queste due condizioni basta, nelle società civili, una sola per mandar a monte la società: la prima.

Digitized by Google

disposizione che il Codice civile albertino aveva trasportata nel suo articolo 1894; ed è pure riprodotta nel 1735 del Codice civile italiano.

Fra l'inadempimento *volontario* o *involontario* havvi negli effetti la grave differenza che, nel primo caso, si può procedere contro il socio per costringerlo al dovere; nel secondo non rimane altra via fuorchè provocare lo scioglimento della società (DUVERGIER in TOULLIER, tom. V, n° 447) (1).

Se qualche magistrato stimò che il socio, bene ordinato nel fatto suo, non avesse altra azione contro il socio inosservante che quella dei danni-interessi, fu preso da una strana illusione (2).

Ma bisogna intendersi finalmente e distinguere fra la facoltà di espellere il socio, sciogliendo l'accordo sociale *rapporto alla persona di lui;* e il disperdere la società rispetto a tutti. In termini più precisi: *fra scioglimento della società ed esclusione di un socio.* L'articolo 124 ha già fissato questo diritto, intraveduto nella giurisprudenza anteriore, e non mai bene determinato. *Se il socio costituito in mora* (ivi è detto) *non eseguisce il pagamento della sua quota sociale* — più avanti — *quando concorrano fatti gravi*, ecc., viene escluso dalla società, nè perciò *è liberato dal risarcimento dei danni.*

Riassumendo: l'inadempimento dei doveri di socio, specialmente rapporto alle obbligazioni *del dare*, possono dar luogo all'alternativo esercizio di più azioni: 1° costringere il socio infedele alla esecuzione; 2° chiederne la espulsione; 3° fare istanza per lo scioglimento totale della società.

Quest'ultima azione dev'esser appoggiata a motivi interessanti tutto il corpo sociale. Per quanto riguarda le due prime azioni, que' soci che le esercitano *agunt rem utilem;* mirano al vantaggio comune. Nella terza si racchiude un problema, che il fatto solo può risolvere. L'inadempimento è tal fatto che metta in compromesso la fortuna della impresa; la società è forse nel pericolo di non potere più raggiungere il *proprio scopo?* Così girando, la discussione si riconduce ancora alla regola inaugurata dal n° 2 dell'articolo 166.

Conosciamo parecchi giudicati che proclamarono questa tesi, e ne appuntarono le conseguenze rispetto al socio, che fu causa di tanto rovescio. Citeremo il seguente.

Il fondatore di una società costituita per azioni si era obbligato a fornire un capitale di L. 250,000, da realizzarsi colla vendita d'immobili di sua ragione. Gl'immobili non poterono liberarsi dalle ipoteche di cui erano involti; e la promessa del fondatore diventò ineseguibile. Scioglimento della società ridotta alla impotenza.

Il mal capitato doveva pur anco sottostare ai danni. Come si computavano i danni? Si stabilì questo criterio degno di memoria: la indennità doversi calcolare non sul valore nominale delle azioni, ma su quel valore che le azioni avrebbero avuto, se il capitale realmente versato avesse fatto rifiorire la società. Con tale stregua il valore di commercio avrebbe anche potuto eccedere il nominale (Corte di Bordeaux, 10 aprile 1850, *Journal du Palais*, anno 1852, part. I, pag. 237).

—

556. *Sul numero 3°.*

È del tutto naturale lo scioglimento della società per il *compimento della impresa.* Alcuni intraprenditori si sono associati per la costruzione di un naviglio commesso da una Potenza, a portata e numero stabilito: tutto ciò eseguito, la società non ha più ragione di essere. « Si alicujus rei contracta societas sit, et « finis negotio impositus est, finitur societas » (*Institut., de societate*, § 6).

—

557. *Sul numero 4°.*

È pure una felice innovazione sui Codici precedenti questo capitolo, che esclude dalle cause dello scioglimento delle società commerciali — *la morte di alcuno dei soci* — *la interdizione* — *la non solvenza* — *il fallimento di alcuno di essi.*

A noi pertanto non appartiene inoltrarci nella discussione di quei subbietti interessanti le società civili, bastandoci di rilevarne alcuni canoni principali che si rannodano alla nostra esposizione, o servono a completarla.

La società essere un contratto eminentemente personale, fu giudizio dei nostri buoni antichi; uniformità di caratteri, di consuetudini, di vedute; mutui affetti, avrebbero dovuto essere le soavi catene di questa spontanea e

(1) Esempio d'infrazione *involontaria* agli obblighi sociali è la commissione di un delitto che rende impossibile al perseguitato dalla giustizia il poterli adempiere (DUVERGIER, ivi).

(2) Decisione della Corte di Lione del 18 maggio 1823 (SIREY, anno 1824, p. II, pag. 221; DALLOZ, v° *Société*, pag. 121). Cattiva interpretazione dell'articolo 1142 del Codice Napoleone (articoli 1218-1821 del Codice civile italiano). La obbligazione di fare, non adempita, si risolve nei danni-interessi: questo diritto non escludeva l'altro di potere invece chiedere lo scioglimento della società.

Digitized by Google

simpatica unione. La parola *fraternità* sfugge spesso da quelle formule severe dei giureconsulti romani, ove tocchi brevi e maestri risvegliano talvolta le più care emozioni. Legato a noi con tali vincoli il socio, anche mancatore, non dev'essere perseguitato sino al fondo; egli non dev'essere colpito con tutta quella forza che si sprigiona dal braccio tremendo della legge: no; ma soltanto *condemnari oportere in id quod facere potest* (1). Espressione piena di pietà e riserbata a coloro contro i quali, come prossimi parenti, non è lecito, mi si passi la frase, infierire coll'eccesso della legalità. Qual maraviglia se la morte naturale del socio rompesse la società? Chi sono i di lui eredi? Quale affezione ci stringe a loro? Quale sarà la bontà del loro animo, l'onestà dei loro costumi? (2) La società è un vincolo così personale, che lo stipulare una società cogli eredi (3) è patto nullo; ripugnante alla naturale indole del contratto (4).

La società è un concetto che si è venuto svolgendo col progresso dei tempi e della civiltà; l'elemento soggettivo di mano in mano ha ceduto all'oggettivo; l'affezione all'interesse; l'aspirazione di un modesto guadagno, come fatto in famiglia, a quello di lucri favolosi raccolti dalla industria di tutto il mondo; infine è divenuta una macchina, un istromento, una locomotiva di capitali, ove la personalità si annienta, gli uomini non si conoscono, e nuove potenze materiali e ideali la governano (5).

Sino a ieri la nostra legislazione commerciale, meschina come la francese, era retta dal principio *che la società finisce colla morte di alcuno dei soci*, non contenendo il Codice di commercio disposizione in contrario. Il solo passo che avevano fatto le legislazioni moderne era quello, che oggidì è lecito stipulare che la società continuerà negli eredi (6).

Vero è che la dottrina, sempre foriera dei progressi legislativi, veniva preparando questa evoluzione. PARDESSUS aveva proclamato, non essere possibile che nell'accomandita per azioni la morte di un accomandante fosse causa della dissoluzione sociale; molto meno quella di un azionista nelle società anonime (*Cours de droit*, n[i] 1057 e 1066). Se le società non erano costituite per azioni, si accettava la regola comune; gli scrittori davano per concesso, che la morte dell'accomandante scioglie la società (7). Eppure, quale rapporto personale, intimo, indissolubile ha un capitalista, di cui persino si ignora o si lascia ignorare il nome, cogli altri soci? Vi è fraternità fra costoro? Qualche cosa che non sia il nesso della materia la quale, morto l'accomandante, continua ad esistere nel fondo sociale, ed a produrre, come dianzi, indipendentemente dal fatto del suo primo mittente?

Ora scaturisce dal n° 4 dell'articolo 166 che la *morte del socio*, non investito d'amministrazione, non discioglie la società commerciale di qualunque natura.

558. La società commerciale continua negli eredi, anco se minori. Essi sono obbligati dell'obbligazione del loro autore (8); implicita, s'intende, e derivante dalla natura del contratto. Nè intervento nè autorizzazione dell'autorità giudiziaria si richiede (9). Il legame della società può tornare anche assai grave al patrimonio di un minore, che non sa o non può applicare al commercio; a quel commercio che fioriva nelle mani abili del suo parente. Per l'interesse generale, l'erede mino-

(1) « Hoc enim summam rationem habet, cum « societas jus quodammodo fraternitati in se se « habeat » framm. 63, pro socio (ULPIANO, Leg. 31 ad ædict.

(2) « *Qui societatem contrahit certam personam* « *sibi eligit* (Leg. actione pro socio) hoc est refe« rendum non tantum ad industriam, quantum ad « personalem socii qualitatem, puta ad gratiam, « auctoritatem, consilium... » (ZANCHIUS).

(3) Eccettochè nelle società *vectigalium*, o per riflesso di pubblica utilità, o per avere la speculazione un diverso carattere.

(4) « Adeo morte socii solvitur societas (si noti « la espressione) ut nec ab initio pacisci possimus « ut hæres etiam succedat societati » framm. 60 pro socio. CUJACIO giustificò con altre ragioni ancora questa idea radicale dei giureconsulti romani (*Observ.*, lib. X, cap. XXV) certo gravissime, ma che io non credo essere le somme; e declino dal discuterle.

(5) Intendo — capitali effettivi e credito — potenza ideale, che è la vera leva aspettata da Archimede.

(6) Dopo gli altri Codici che così ritennero, viene il nostro a dichiararlo nell'articolo 1732 (Codice civile). Dissi legislazioni moderne, senza escludere che questa deviazione dalle norme del diritto romano è abbastanza antica, ed era adottata anche nei paesi d'Italia che sino a questi ultimi tempi si ressero con quel diritto.

(7) PARDESSUS, num. 1057; TROPLONG, n° 888; MALPEYRE e JOURDAIN, pag. 299 e seg.; ALAUZET, *Comment.*, num. 262.

(8) Cassazione francese, 10 novembre 1847 (*Journal du Palais*, 1848, tom. I, pag. 16).

(9) Salvo che il minore non volesse fare il commerciante (articolo 4°).

Digitized by Google

renne deve subire anche un'associazione a scapito, come un carico della eredità. Non dovendosi prestare opera personale (della quale vengo a dire un po più sotto), il minore sarà rappresentato negli affari sociali dal suo tutore.

L'interessenza sociale è pur essa una proprietà, talvolta di gravissimo valore; tal altra d'incerto, o esiguo, o nullo. I minori, gl'interdetti, non possono accettare eredità se non colle formalità prescritte (articolo 930 del Codice civile); i corpi morali senza l'autorizzazione del governo (articolo 932). E i maggiori difficilmente vorranno accettarla senza benefizio d'inventario, il che importa l'esame delle condizioni della società medesima. Dal momento che la eredità non è assunta che col benefizio, non abbiamo più nella società che una persona morale e fittizia: la stessa eredità. O se non è accettata in verun modo, una eredità giacente. Benchè anche questa possa comparire negli affari per mezzo del suo rappresentante, il corpo pesante di una eredità è sempre tirata, per così dire, a rimorchio, e poco utilizza a sè ed agli altri. È forse questo il lato debole di una istituzione realmente progressiva e a livello dei tempi. Ma noi, in fatto di commercio, partiamo dalla idea di unioni vaste e numerose; le vediamo operare in grandi proporzioni; e comprendiamo che lo sparire di qualche persona dal consorzio sociale non può nè alterarne l'organismo, nè arrestarne il moto. Invece la opposta teoria è per noi la paralisi della società: il quale modo di vedere corrisponde alla realtà delle cose. A siffatto esito preludiava l'articolo 125 — *l'esclusione del socio non produce scioglimento della società.* — L'individualità perde d'importanza in ragione inversa della potenza collettiva.

Se non che i principii meglio assicurati *in communiter contingentibus*, vengono tal fiata a cimentarsi con ispecialità che li modificano. Vogliamo accennare a due.

Non è inverosimile una società di numero ristretta e molto affidata nella vigoria personale dei soci. Nella convenzione sociale sarà prudentemente statuito che, alla morte di un socio, la società sarà sciolta; o meglio, che i soci superstiti avranno facoltà di chiederne lo scioglimento. Ma suppongasi che non esista il patto. *A.*, *B.*, *C.* sono tre commercianti; si sono costituiti in società di nome collettivo per lavorare in grande nelle manifatture: *A.* e *B.* sono iti l'un dopo l'altro, in breve tempo, al mondo di là; rimane il solo *C.* Fra gli eredi rispettivi di quei defunti, uno è infante e uno mentecatto. Non potrà *C.* domandare lo scioglimento della società?

Un altro caso. *L.*, *M.* ed *N.* si sono associati per una impresa di costruzioni. I primi due, buoni commercianti e solidi capitalisti, prestano il loro appoggio pecuniario alla società, ma poco intendenti della materia, se ne stanno nei loro fondachi attendendo ad altri negozi. *N.* è un ingegnere di vaglia, il direttore delle costruzioni, l'anima, diremo, della impresa, quantunque non amministratore; infine un socio d'ingegno e d'industria. Egli muore. Come prosegue una società mutilata della sua principale persona? Vi sono gli eredi! Andate a cercarli gli eredi che possano surrogarne la capacità, l'arte, le cognizioni, l'esercizio effettivo. Questo si dirà di ogni altro socio d'industria al quale sia affidata una parte molto attiva e sostanziale nella condotta dell'impresa.

La legge non fa e non può fare distinzioni di tal genere; ma la sua formola è abbastanza comprensiva per rispondere anche a questa difficoltà. Bisogna rientrare nel principio sancito al n° 2°. Primieramente è assai probabile che i soci superstiti si accordino nel pensiero di sciogliere d'accordo la società. Potrebbero non accordarsi; o gli eredi che hanno dalla legge un vero diritto di proseguire la società e di goderne i lucri, potriano opporsi. Allora la società verrà sciolta per autorità del magistrato giudiziario, in forza di un altro principio. Perchè fatali eventi hanno ridotto l'organismo della società ad una condizione impreveduta, e tale che non è più possibile *conseguire lo scopo*, mancati gli appoggi personali che non meno dei reali sono necessari a sostenere l'assunta impresa (1).

559. La legge attribuisce ben altra importanza *alla morte o interdizione del socio amministratore nelle società in nome collettivo o in accomandita semplice.*

Nei paesi ove si desidera ancora una legislazione che regoli questa parte tanto interessante della teoria sociale, la dottrina ha previsto che la condizione di amministratore o gerente nel socio colpito dalla morte, deve aversi in riflesso; e si crede forzare la società a disciogliersi. Questo enunciato suppone l'adozione del principio razionale, che nelle società

(1) « En général (dice PARDESSUS, num. 1058) la « dissolution n'aurait lieu que *si le défunt avait été* « *chargé d'un travail personel* qui ne pourrait plus « être exécuté ».

Digitized by Google

di commercio la morte di un socio semplice non porta lo scioglimento: quell'enunciato è un limite del principio. « La mort d'un gé« rant, insegnò ALAUZET, *dans ce cas même où « la société en commandite est par actions*, doit « entraîner de plein droit la dissolutinn de la « société » (n° 267). Che risolvere rispetto alle società anonime? « La doute est permis, « puisque le gérant n'est pas associé. Nous « pensons qu'il foudrait distinguer. Si le gé« rant a été institué par l'acte social même, « sa personne peut avoir été une des condi« tions essentielles du contract, et l'analogie « tirée de l'article 1865 du Code Napoléon, « ne nous permet de douter que le décès ne « soit une cause de dissolution. S'il a été nom« mé par délibération ultérieure, son décès ne « peut pas être une cause de dissolution ne« cessaire; les mêmes personnes qui l'avaient « nommé peuvent le remplacer » (n° 270).

Queste sono considerazioni assai gravi. Intanto la nuova legge, recando la sua parola decisiva in mezzo alle dubbiezze che travagliano altrove la scienza, ci dice colla maggior positività, che « la morte del socio o dei « soci amministratori » fa che le società si dissolvano: quelle però costituite *in nome collettivo o in accomandita semplice*, e non ammette altre distinzioni. Investighiamo la ragione di questo disposto.

Nelle nominate società, l'amministrazione si reputa qualcosa d'inerente, di sostanziale alla costruzione e all'esercizio delle società medesime. Ciò si avvera principalmente quando nei patti sociali venne in origine organata l'amministrazione che s'incarna nel gerente deputato dai soci come l'uomo della fiducia comune (1). Dove opera con minor forza il capitale, e prevale l'azione della persona, dove il credito, per dirlo in altre parole, è personale: ai soci ed ai terzi l'amministrazione ben collocata è guarentigia maggiore di ogni altra; sinchè la perduranza di essa può richiedersi quale condizione di esistenza della società. In quelle i cui capitali si dividono per azioni, la gerenza, benchè sempre interessante, si considera più presto un fatto estrinseco che organico ed essenziale; i soci, anzichè esserne dominati, la dominano e governano (2): d'altra parte quelle società capitalistiche vivono sotto l'impero di tante discipline, che le funzioni esecutive si ravvisano in effetto meno decisive come il carattere dell'amministrazione è meno assoluto. Finalmente la diffusione di tali società, la quantità pressochè infinita degli elementi di cui si compongono, l'oggetto specifico bandito al pubblico, che determina insieme i doveri che la società si è assunti e deve portare a compimento, non permettono di leggieri una dissoluzione violenta che ferisce tanti interessi e manda in perdizione imprese gigantesche, nelle quali sovente non individui soltanto ma popoli e nazioni sono vivamente interessati (3).

Il dubbio promosso dall'autore che ho citato, è un dubbio ragionevole. È manifesto però ch'esso non riguarda che le società in nome collettivo e in accomandita semplice. In tema di gius costituendo, io ammetterei la distinzione: ma bisogna trovar la ragione per cui al legislatore è piaciuto di non ammetterla. Il motivo ond'è concesso di rivocare l'amministratore (4), non è precisamente quello che determina lo scioglimento della società per la morte di lui. O il socio sia stato costituito amministratore nell'atto originario, o per successiva deliberazione, la legge considera sempre l'amministrazione come un elemento organico della società se in nome collettivo e per accomandita semplice. Ne consegue, che dopo la morte dell'amministratore i soci non possono surrogare nella stessa funzione altra persona per continuare la società. Il motivo non è dei più logici, io lo dissi; ma è la veduta dalla legge, che è quello che si voleva conoscere.

560. Faremo qualche osservazione sull'ultima parte del n° 4° — *Se non è stato altrimenti convenuto nell'atto di società.*

Dichiarando che l'amministrazione *è un elemento organico* della società, noi abbiamo definita la idea motrice di questa istituzione; nondimeno il legislatore permette di rinunziarvi: autorizza di fermare nel patto primitivo che le società alle quali accenna il n° 4°, potranno continuare malgrado il decesso del gerente. I soci allora, in adunanza generale, ed a maggioranza (articolo 149), deputano un novello amministratore, come si fa nelle società

(1) Ciò fu per noi avvisato al num. 473.

(2) Vedi ciò che si è scritto intorno all'art. 127.

(3) ALAUZET ha pure avvertito, nel passo sutrascritto, che nella società anonima *il gerente non è socio*; e ne argomenta con giustezza che, anche per questa ragione, la morte del gerente non deve motivare lo scioglimento della società. Per noi l'argomento ha molto minor forza, mentre per l'art. 129 *un socio può essere* amministratore di società anonima.

(4) Ne dispone l'articolo 1720 del Codice civile, del quale abbiamo largamente favellato nei numeri 416, 417, ecc.

per azioni: gli eredi del socio defunto saranno invitati per assistere al rendiconto che si desume dai libri ed atti dell'amministrazione. Il pubblico n'è formalmente avvertito ai termini dell'art. 163.

Ma la maggioranza, o, se vuolsi, la volontà unanime dei soci, non potrà accordarsi per nominare un altro amministratore e così proseguire, sebbene il patto sociale sia muto, e non contenga nè patti nè riserve? Non dipende forse da loro continuare la società esistente, come di formarne una nuova?

La legge dispone in termini formali — che la convenzione deve risultare *nell'atto di società*. Evidentemente la legge contempla l'interesse dei terzi, che nelle società in nome collettivo e nelle accomandite semplici si appoggia fortemente nel nome e nella qualità dell'uomo-gerente, verso il quale in gran parte si rivolge il credito, che sarebbe sturbato e in certa guisa offeso dal cangiamento inaspettato. All'incontro, se i soci se ne riserbarono *nell'atto sociale* la facoltà, dalla pubblicazione che se ne fece, i terzi compresero che dovevano riposare alquanto meno in un nome, e rassegnarsi ad una nuova amministrazione nel caso di morte; ed è questa la ragione della differenza.

Parrà singolare e quasi contraddittorio che, non essendovi preconvenzione alcuna, il socio-amministratore che si fa reo delle colpe indicate nell'articolo 124, possa essere non solo privato della amministrazione, ma eziandio escluso, senza che la società venga per ciò a cessare. La rimozione di un amministratore infedele è un vantaggio per tutti; pei soci come pei creditori: è un fatto che non importava prenunciar nell'atto sociale; nè si doveva dalla legge ordinare che lo fosse, mentre, dimenticato, avrebbe data la società in balia di un cattivo soggetto, che avrebbe disposto della sua esistenza. La quale poteva bensì farsi dipendere da una eventualità suprema, irresistibile, non mai dall'opera colpevole di un membro della società. Si conclude: la giustizia che colpisce l'amministratore, come fatto necessario, era preveduta (1), ancorchè non prenunciata; lo era tanto più, in quanto niuno può ignorare la legge che regola questo evento e ne dichiara le conseguenze.

561. Data la cessazione della società per virtù di legge *alla morte del socio amministratore*, il volere dei soci non può contrastare all'ordine della legalità. Ciò abbiamo proposto al precedente numero. Ma se malgrado tale ordinamento, i soci avessero nominato un nuovo gerente, e la società, senza verun altra mutazione, pubblicato il nome del nuovo amministratore, avesse proseguito in fatto il solito commercio, quali effetti giuridici sarebbero per derivarne?

Tre aspetti della teoria generale si presentano. La società è stata sciolta di pieno diritto? ovvero è stata sciolta nell'interesse di persone o di classi? O invece la dichiarazione dello scioglimento, scritta nella legge, non è altro che la menzione dell'avvenimento che produce questo effetto, lasciando piena alla società la facoltà di prorogarsi, senz'altro obbligo che di pubblicare *gli atti di prorogazione?* (art. 163).

L'articolo 166 è vergine di ogni sanzione penale, di clausole irritanti pei fatti avvenire, di formole esprimenti che le società si sciolgono *di pieno diritto*, e non sono più rinnovabili. Certamente fra le cause che generano lo scioglimento, differenze vi hanno, e grandi; ma la varietà degli effetti che ne derivano, anzichè un portato legislativo, è prodotto dalla forza inqualificabile delle cose, dalla necessità. La società è sospinta talvolta in condizioni, che la sua continuazione, diremo anche la sua rinnovazione, non è possibile. Se cessa *per impossibilità* di raggiungere il proprio scopo; se finisce per quella malattia mortale, che si chiama il fallimento, non risorge, non ricomparisce più nel commercio; non sono le società di commercio che rinascono dalle loro ceneri. Quanto a lei, la legge non ha detto che una società *cessa di pieno diritto*, quasi la sopravvivenza di essa sia detestata nelle alte regioni dell'ordine pubblico. Soltanto la sopravvivenza o continuazione, è o non è possibile, secondo sia concesso dalla forza naturale degli eventi.

Le questioni commerciali, generalmente parlando, sono questioni d'interessi e non di principii (2); e sarebbe assai pericoloso giudicare colle astrazioni e coi rigori del gius *summum*, del gius inesorabile. Il secondo e il terzo degli enunciati criteri sono veramente quelli che bisogna esaminare.

Fermiamoci un momento al terzo, per eliminarlo nel caso presente. Quando non si tratta che *di termini*, *non di fatti nè di persone*, la legge non fa che enunciare l'evento in faccia

(1) Dovendo prevedersi: *par est*. Altre osservazioni in proposito V. al num. 457

(2) Dato che non sia offesa la morale, la coscienza, la verità.

Digitized by Google

al quale la società cessa, senza preoccuparsi della sua continuazione e proroga consensuale, purchè sia resa manifesta al pubblico: del resto, a condizione del comune consenso dei soci, tutto può continuar come prima.

Quando mutano le condizioni dell'ente sociale o *per novità di patti* o *per sostanziali* (1) *cangiamenti avvenuti nel personale della società*, allora vi ha quello che abbiam detto scioglimento nell'interesse di persone o di classi: *et nova videtur incipere societas*. E ciò perchè lo stato delle cose non *permanet*, nè può *redire ad pristinum*. Si muore, e l'erede, quando non sia tenuto a restare in società nella rappresentanza del suo autore, è persona nuova, in quanto deve concorrere il di lui consenso (2). La morte del *socio amministratore* produce lo scioglimento sì nell'interesse dei soci che dei creditori esistenti. La società è sciolta, perchè essi possono volerla sciolta, appoggiati come sono nelle parole della legge. Dicendo *interessi di classi*, intendiamo dei singoli che vi appartengono. Se dieci soci saranno concordi per la continuazione della società sotto un novello amministratore, l'undecimo può opporsi e non volerne sapere. Quale conseguenza ne deriva? L'undecimo si ritira, ricusando di far parte di una società nuova. Ciò dicasi dei creditori. Il nuovo preside non ispira fiducia; si teme che sotto la sua amministrazione le cose, discretamente prospere, volgeranno in dirotta: i creditori, o alcuni dei creditori, reclamano la liquidazione, se non vengono tosto soddisfatti: sono nel loro diritto.

Qual è mai la differenza fra *una società che continua e una società nuova?* E qui pure si affacciano distinzioni.

Più fasi possono concepirsi: 1° La società è totalmente nuova. Mutata la ragione sociale, altre condizioni, altri capitali, in parte cangiate le persone: tutto ciò è dichiarato al pubblico; 2° Cangia la ragione sociale, variano in parte le persone: i capitali dell'accomandita sono gli stessi; 3° La ragion sociale rimane cogli stessi capitali, collo stesso patto fondamentale; ma alcune persone nuove si aggiungono alle mancate.

Niun dubbio che nel *primo caso* vi sono due società diverse, due patrimoni diversi, due categorie di creditori. I creditori della prima hanno diritto di esser pagati o di liquidare l'asse sociale. I soci che costituiscono la seconda non hanno responsabilità rapporto a quella che è cessata. Nel *secondo caso* la novità dell'associazione è abbastanza significata dal cambiamento della ragion sociale (3). I nuovi soci non sono tenuti per debiti della vecchia società; ma i creditori della società disciolta hanno lo stesso diritto su mentovato; e un giorno in cui amendue le società vengano in liquidazione, godono preferenza per esser pagati sui capitali dell'antica società che seguitarono a funzionare nella novella. Nel *terzo caso*, se la società è stata disciolta per virtù di legge (4), vi ha la presunzione di società nuova (5), per quanto riguarda i soci aggiunti e i creditori che verranno a formarsi posteriormente a questa mutazione, della quale già supponiamo informato il pubblico. Codesti creditori hanno azione soltanto contro i nuovi soci, non contro quelli che si fossero intanto ritirati; i nuovi soci non partecipano nè i debiti nè i vantaggi della precedente associazione. A dir proprio, *è una fusione* delle due società, e non la costituzione di una società nuova e distinta, colle modificazioni che abbiamo indicate rispetto ai soci ultimo venuti.

Veniamo al concreto. Morto il socio amministratore, la società è sciolta per legge. Da quel momento e i soci e i creditori esistenti possono domandare la liquidazione dell'azienda sociale. Abbiamo supposto che la domanda non si faccia, ma si continui l'esercizio sul piede di prima. È nominato, dal seno dei soci, un nuovo amministratore senza opposizione da veruna parte. In luogo del defunto entrano gli eredi di lui; i loro nomi sono annunciati al

(1) Dico *sostanziali* — mentre nelle società per azioni troviamo che i cangiamenti personali non sono mai che accidentali e senza conseguenze nella totalità.

(2) « Plane si hi qui sociis hæredes exstiterunt, « animum inierint societatis in ea hæreditate, *novo* « *consensu*, quod postea gesserunt, efficietur, ut « in pro socio actionem deducatur » (Leg. 37 Dig. pro socio).

Esempio di novazione per variazione di basi sociali e di persone, hassi nella bella decisione della Corte di Lucca, altra volta da noi mentovata (28 settembre 1863, Collezione Caveri, 2-54), ove fu dichiarato che *l'aumento del capitale e l'accettazione di nuovi soci* concludeva a società nuova.

(3) Salvo ciò che si è detto al num. 421.

(4) Non per naturale scadimento di termini: allora la continuazione tacita od espressa ha luogo *eisdem conditionibus*, ed è semplicemente una proroga.

(5) *Presunzione* dicesi, poichè circostanze di fatto potrebbero mostrare che i sopravvenuti hanno voluto partecipare alla società esistente vantaggi e perdite.

Digitized by Google

pubblico. È una bella questione se gli eredi siano da considerarsi *nuovi soci*, non obbligati cioè personalmente, ma solo *tamquam hæredes* (1); ovvero assumano totalmente nel proprio le obbligazioni del defunto.

Un alto giureconsulto insegnò « que la ré« solution de rester en société s'interprète « préférablement *dans le sens d'une société « nouvelle* » (2). *Nova societas contracta intelligitur*, dice anche il FABRO; dottrina applicata alle società civili, e prima d'ora anche alle società commerciali, reggendo il principio che la morte del socio dissolve la società. Nel moderno diritto, non terminando la società di commercio alla morte di un *semplice socio*, gli eredi sono tenuti a starvi, e rappresentano la persona del trapassato con tutte le sue obbligazioni. Ma se lamentiamo la morte di un socio ch'ebbe qualità di amministratore, sciogliendosi per questo avvenimento la società, viene applicabile la stessa dottrina rapporto agli eredi di lui i quali si veggano prender posto nella famiglia sociale che continua i suoi affari colla consueta divisa e senz'altra novità.

Possiamo in qualche parte appropriarci un caso rammentato dal TROPLONG, e valga a schiarimento. Una società commerciale era conosciuta sotto il nome di *Dallie e Comp.* Morto il padre che la dirigeva, i figliuoli, insieme alla madre, sotto la ragione *Vedova Dallie e F.*, continuano, senza por tempo in mezzo, la negoziazione, senza liquidazione, senza inventario o altro atto interruttivo. I creditori della prima società, stimando trattarsi di semplice continuazione, citarono i soci nuovamente entrati (gli eredi), perchè dovessero pagare i loro crediti: sostenevasi in contrario la società nuova composta di persone estranee all'antica, dotata di capitali proprii e diversi. Dicevano gli eredi, noi saremo tenuti come tali e coi beni ereditari, e non nel nostro particolar patrimonio. La Corte d'Agen (4 agosto 1807) accolse questo sistema.

Le circostanze concorrevano a dimostrare la società nuova. Mutata la ragion sociale; il capitale *noviter* immesso; persone nominalmente diverse. Noi ci siamo proposti una tesi più ristretta: supponiamo semplicemente la nomina di un nuovo amministratore, non autorizzata dall'atto sociale, e l'ammissione degli eredi in qualità di soci. Tuttavia, *congrua congruis referendo*, noi concordiamo nel principio dichiarato dalla Corte d'Agen e diciamo, che gli eredi del defunto amministratore entrano *quali soci di nuova ammissione;* quindi in proprio nome: *non tamquam hæredes*, e *solo in questa qualità* sono tenuti a rispondere delle obbligazioni del defunto (3).

---

562. *Sul numero* 5°.

Dice l'articolo 1729 del Codice civile « La « società finisce (n° 4) per la interdizione, per « la non solvenza o pel fallimento di alcuno « dei soci ». Questo regolamento era esteso con maravigliosa facilità alle società commerciali; e i francesi non hanno altra legge. Conveniente e congrua alle società civili, era falsamente applicato alle società commerciali, perchè produceva effetti non proporzionati all'avvenimento, sovversivi, esiziali ai grandi interessi del commercio; infine perchè d'esecuzione molte volte impossibile. Lo vedremo più avanti; e intanto ci rallegriamo del progresso della nostra legislazione. Quel principio rimane ristretto, come deve, alle società civili.

563. Tutte le società commerciali pur troppo possono mancare al credito; ma forse tutte sono soggette al fallimento? Ecco una distinzione che ha l'aspetto di un paradosso, e nondimeno abbastanza chiara per coloro che se ne fanno appoggio. Nel linguaggio comune della scienza, la cessazione dei pagamenti è il fallimento (articolo 543): il *processo di fallimento* non è la conseguenza necessaria di tale stato del commerciante; egli può evitarlo colle transazioni; può sfuggirne per longanimità e benevolenza dei creditori. Si distingue adunque *fallimento* dal *processo* di fallimento. Un'opinione fortemente sostenuta si sollevò nel fòro a contrastare alle *società anonime* l'attitudine di entrare in un processo di fallimento. Se la distinzione regge, l'articolo che esaminiamo non avrebbe tolto di mezzo il dubbio. Ma esso è dissipato e vinto dal chiarissimo disposto

---

(1) E potrebbero essere eredi col beneficio.

(2) TROPLONG, *Des sociétés*, num. 937. In una nota superiore si è trascritto un responso di POMPONIO, che pone questo canone.

(3) L'assemblea degli azionisti di società condannata dalla legge per non aver adempito ai doveri della pubblicità, non può formarne un'altra *a scopi diversi;* tale deliberazione non sarebbe obbligatoria. Si formerebbe una società nuova, perchè delle società nuove possono sempre formarsi. In tale condizione di cose i singoli azionisti possono agire in proprio nome *contro la società nuova* in quanto detenga i fondi trasfusile dalla prima, onde siano rappresentati e se ne presti il rendiconto.

Così ottimamente una sentenza della Corte di Torino del 19 luglio 1859 (BETTINI, tom. XI, part. II, pag. 759).

Digitized by Google

dell'articolo 544, sul quale dobbiamo prendere un'anticipazione. Stimo tuttavia non inutile rivedere la discussione non tanto per la sua importanza storica, quanto perchè se ne svolgono idee che conferiscono allo studio intimo di questa materia.

Un autore illustre, il più celebrato forse fra quelli che dettarono sul fallimento, CARLO RÉNOUARD, proponendosi il quesito — *une société anonyme peut-elle être en état de faillite?* rispondeva: la pratica averlo risolto in senso affermativo; ma per quanto sia un'autorità imponente la pratica, non potersi arrendere alla sua decisione.

E così ragiona. Un fallimento senza fallito è possibile? Come applicare le disposizioni che concernono la persona del fallito? Una società anonima è un'associazione non di persone ma di capitali. I mandatari al tempo che l'amministrano, sono revocabili, soci o no, stipendiati o gratuiti; non sono responsabili che della esecuzione del mandato che hanno ricevuto; non assumono, per ragione della loro amministrazione, alcun obbligo personale nè solidario relativamente agli impegni della società; alla decozione o fallimento del loro mandante, il mandato spira.

Il vero stato di una società anonima, ridotta all'impossibilità di soddisfare i suoi impegni, è la *liquidazione* conseguente dal suo scioglimento; liquidazione che porterà la perdita totale o parziale dei capitali immessi. RÉNOUARD insiste nella idea che un cangiamento di stato, pel quale si vengono a perdere i diritti civili e commerciali, propri di coloro che si trovano nel loro essere normale; un fallimento che suppone il nome dei falliti, la rappresentazione della loro persona, la carcerazione in certi casi, non sono cose possibili a concepirsi. Il problema che sta a cuore dei legislatori di prudentemente risolvere fra i rigori della giustizia e i riguardi della indulgenza; la cura di raccoglier gli avanzi della fortuna del debitore a sollievo dei suoi creditori, tutto ciò svanisce. Che rimane adunque di questa istituzione, se mancando l'individualità del fallito, tutto si riduce ad un attivo da conservare, ad un passivo da liquidare e dimettere? Adunque *una liquidazione forzata*, ecco la vera espressione. Una confusione di parole ha fatto nascere la infelice credenza che, lo dirò colle parole dell'autore « le caractère principal de la faillite « est de fournir une méthode pour se libérer « de ses dettes sans les payer, ou en n'en pa- « yant qu'une faible partie » (1) (*Des faillites et banqueroutes*, tom. I, pag. 262, edizione di Parigi, 1857). L'autore fa voti perchè venga una legge a schiarire questi dubbi.

ALAUZET accetta la opinione di RÉNOUARD, e non fa che riassumerne gli argomenti (n° 1653).

Quasi contemporanea usciva la rinomata opera di BÉDARRIDE sulle società. Egli non esitò a porre su questo guscio della bilancia il peso della sua autorità. La sua opinione però si mostra più flessibile; meno esclusiva, e sopratutto non fa questione di parole; per compenso il suo ragionamento è più profondo. La società anonima « comme tout établissement « commercial » *dev'essere dichiarata in istato di fallimento.* Ma poichè fallito non c'è, il processo di fallimento dovrà consistere in una liquidazione ordinaria, ad evitare le tante spese che cagionano le formalità consuete. L'autore conviene, trattandosi non solo dei diritti dei creditori in genere verso la società, ma pur anco di ben equilibrare quelli fra creditori e creditori secondo verità e giustizia; e di fare dell'asse sociale una distribuzione per tutti obbligatoria e definitiva, essere mestieri procedere legalmente, e indispensabile base la dichiarazione dello stato di fallimento.

Il dubbio veniva a restringersi sull'applicabilità di certe parti del processo di fallimento; di quelle specialmente che suppongono e devono supporre la persona di un fallito, fatti propri, obbligazioni personali, intransitive. Chi mai dovrebbe rappresentar queste che si direbbero le passioni del fallito? Vi sono forse degli amministratori, dei mandatari d'una società anonima in fallimento? Il loro mandato è revocato; amministrazione non esiste più, mentr'essa stessa derivava da un mandato della società che è già morta. E a qual pro chiamare degli amministratori? Per eccitare la molla dell'onore, per costringerli a fare dei sagrifizi, per punirli; o solo anco perchè si adoprino con tutto lo sforzo a preparare un onesto concordato coi loro creditori? Un concordato! Ma questo è impossibile! Donde avrebbero i mandatari la facoltà per formare un concordato? E che mai sarebbe il concordato di una società anonima? Primieramente dovrebbe concorrere il voto unanime degli azionisti: poi non avrebbe scopo. Il concordato è opera di pace, che ha per effetto di migliorare la posizione personale del fallito, di scu-

(1) Per le grandi spese che importa un processo di fallimento. Questa dottrina era stata proclamata da MASSÉ, *Droit commercial*, tom. III, n° 217.

sarlo e riabilitarlo. Ma qui il fallito è un'ombra, un'idea, non una persona fisica, un uomo. Non ci sarebbe materia per un concordato. I creditori non potrebbero ottenere più di quello che hanno per diritto, cioè di sequestrare a proprio profitto i capitali delle azioni, o perseguitare gli azionisti pei versamenti non ancora compiuti. Gli azionisti non possono dare di meno; essi abbandonano i loro capitali già forniti, e se ne vanno con Dio. Il concordato è dunque inutile. Un trattato d'unione, impossibile! È dunque vero che vi ha una parte ben sostanziale del processo di fallimento inapplicabile, ineseguibile, rapporto a società anonime (Bédarride, nº 291 e seg.).

Le teorie di Rénouard e di Bédarride, benchè sembrino avviate a una medesima conclusione, si scostano però nel punto di partenza; quegli nega in principio lo stato di fallimento di una società anonima; questi lo ammette, ma sostiene che in gran parte il procedimento comune non ha ragione di essere; che molti degli effetti, ivi prudentemente considerati, sono alieni e non si verificano nel fallimento di un corpo morale che non ha individui responsabili ma solo dei capitali da gettare nelle fauci dell'abisso creditorio, che per solito non si riempie.

Ogni volta che la questione in genere si presentò ai tribunali, per quanto si conosce, fu sempre decisa nel senso che la società anonima è fallibile come qualunque altra (1), e abbiamo sentito il Rénouard concedere questo fatto che può dirsi universale, o almeno non contraddetto in giurisprudenza.

564. La giurisprudenza ha bene inteso il principio proclamato da tutti i Codici di commercio: *il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti è in istato di fallimento*. Individuo o corpo morale, non si distingue e non si può distinguere: è la qualificazione di questo stato: e nel risultato ultimo *è la caduta della società e la liquidazione forzata*. Se il fallito è un individuo, una persona umana, un *subjectum juris*, è tratto nel processo, colpito dalle sue conseguenze, giovato da risorse che gli accorda l'umanità del legislatore; egli ne soffre perchè ha capacità di soffrire; egli si adopera per risorgere e ritornare alla vita civile, perchè è un uomo. Un puro ente morale, senz'affezioni nè passioni, per certo non dovrà correre tutte le vicende del processo che sono relative alla persona *même* del fallito; tal è l'ordine naturale delle cose. Pare adunque che un equivoco susciti tutta questa controversia, e nel fine le varie opinioni vengano a riunirsi in un sol punto. Si scorge che la questione del procedimento è secondaria. Noi vedremo nel trattato del fallimento come e fin dove possano applicarsi le forme comuni; dove cessino, appunto perchè manca *non la persona del fallito* (falso concetto degli autori della contraria opinione), *ma attesa la qualità della persona del fallito*, che è semplicemente un ente morale, il quale opera però ed agisce, e può operare ed agire, come sempre, per mezzo di rappresentanti; senza che sia d'uopo imporre ad essi carichi ed obblighi non compatibili colla loro missione. Ciò che sommamente importa egli è, che la liquidazione degli affari sociali, l'ammissione ed epuramento dei crediti, la distribuzione e tutto ciò che concerne il diritto dei portatori di obbligazioni e creditori, sia eseguito regolarmente e secondo ragione; e niente cale che dove non ci siano più interessi da tutelare, non ci siano più leggi da applicare.

Il *concordato* non fa risorgere la società, leggesi nelle ultime parole del nº 4. Tale dichiarazione della legge è forse superflua: l'avvedimento è sottile. L'uomo-fallito, che cadde in buona fede, si ricupera col concordato, può riprendere la sua professione (art. 631: il legislatore ha sospettato che altri volesse adattare questa specie di postliminio ad una società fallita (2).

565. In un punto di vista affatto diverso la società civile si scioglie *pel fallimento di alcuno dei soci* (art. 1729, nº 4). Il Codice nostro ha riconosciuto le deplorabili conseguenze di un tal principio esteso alle società di commercio. Ha fatto fin troppo. Questo soverchio fu per noi avvertito al nº 460, e si fece una riserva per tornare sull'argomento. Il socio fallito (si dice nell'articolo 124) *può esser escluso dalla società*; e non lo è di diritto. Si è rimarcato

(1) Si ricordano le decisioni della Corte di Parigi del 29 dicembre 1838 e 27 novembre 1852 (Devilleneuve, tom. lii, num. 662); Cassazione francese, 14 luglio 1862 (*Journal du Palais*, an. 1863, part. ii, pag. 66).

Scrittori che tengono per questa parte scrivendo del fallimento: Lainné, pag. 25; Esnault, tom. i, pag. 93; Dalloz, *Répert.*, vº *Faillite*, nº 92; Saint-Nexent, tom. ii, num. 68; Bioche, *Diction. de proc.*, vº *Faillite*, num. 79; Laroque-Sayssinel, t. i, p. 24, num. 10; Demangeat sur Bravard, *Contr. comm.*, tom. v, pag. 673.

(2) Parlando dell'articolo 168 si mostrerà che la società anonima può provvedere al sistema della propria liquidazione.

Digitized by Google

la inesattezza di questo disposto, al detto numero 460), il cui contrario sarebbe, che il *fallito non escluso* per decreto dell'assemblea continuerebbe a far parte della società, mentre è già cancellato dal novero dei commercianti, e sino a un certo punto da quello degli uomini civili. Il fallito è dunque *escluso* necessariamente, *et re ipsa*. Quello che doveva stabilirsi, se si fosse voluto, era piuttosto: i soci possono ammettere nel consorzio la massa dei creditori del fallito? Questo sia detto per mantenere la nostra critica a quell'articolo.

La scienza aveva dato l'allarme nel campo della pratica; si era scossa alle conseguenze di quella determinazione: *che il fallimento di un socio dissolve la società*. Merlin, discorrendo dell'articolo 1865 del Codice Napoleone, che invero non autorizzava il dubbio, proponeva il quesito, se il fallimento del socio dissolva *di pien diritto* la società, o attribuisca ai soci stessi il diritto di provocarne lo scioglimento (*Répertoire*, v° *Société*, § 9). Quindi se dipendesse dai soci obbligare i creditori del fallito a durare con essi in società sino al suo termine naturale.

Merlin con quel fare spigliato che tanto piace nei francesi, diceva, che a primo aspetto quella sembrava la decisione migliore. Che la morte di un socio disperda la società, è logico: l'evento è fatale, irreparabile; ma un fatto personalmente imputabile al socio, quale il fallimento, *non poteva esser motivo legale per rompere le sue obbligazioni verso i consoci*. D'altra parte apparisce assai ragionevole che i soci possano, volendo, sbarazzarsi del fallito che non può più corrispondere ai suoi impegni, e in pari tempo della torma incomoda dei suoi creditori, dichiarando lo scioglimento della società.

Ma poco stante aggiunge che, di fronte all'articolo 1865, il ragionamento non è che specioso. Il senso letterale di quell'articolo è inespugnabile. La società è sciolta *di pieno diritto* col fallimento del socio.

Sfortunatamente il dottissimo uomo in codesta *questione di diritto* non spiega se esso intenda parlare delle società civili, o altresì delle commerciali (1). Troplong riassunse in brevi parole il tema ai ni 905 e 906, senza citare Merlin. Convenne senz'altro in ciò che questo giureconsulto aveva già premesso; vale dire che la società può benissimo continuare coi creditori; ma *nova videtur incipere societas*, secondo il chiaro testo delle *Istituzioni* di Giustiniano (§ 8, tit. XXVI, lib. 3), dal quale si fa palese che la società, per ministero di legge, rimase sciolta (2).

Che decidere in società commerciale ai termini della nostra legislazione? La società continua senza interrompimento: questo è lo stato di diritto. Nel silenzio e nell'adesione di fatto di tutte le parti interessate, continua nei successori del fallito, che sono i di lui creditori? *Non si formerebbe perciò una società nuova*: ecco la grande differenza. Il ceto creditorio sarebbe tenuto, nella sua individualità collettiva, delle obbligazioni già contratte dal debitore, e di quelle che verranno a contrarsi in appresso collo sviluppo della impresa sociale (3).

566. Qui si aggruppano più domande.

a) Data la continuazione della società nei creditori del socio fallito, sono essi, personalmente, solidariamente, o in quale altra maniera obbligati pei debiti della società contratti prima o dopo il fallimento?

b) Se il socio fallito non era che un capitalista, un accomandante, in quale rapporto vengono a trovarsi i creditori di lui colla società?

c) I soci del fallito avranno diritto di respingere i creditori che volessero proseguire nella rappresentanza di lui la negoziazione sociale?

d) Il diritto della dissociazione appartiene altresì ai creditori del fallito?

Alla prima domanda.

Senza confondere i successori singolari cogli universali, si può dire francamente che i creditori del fallito, continuando la società, e mescolandosi in essa col permettere che i loro nomi siano annunziati al pubblico, assumono obbligazioni personali e pel passato e pel futuro della società. Vero è che la interessenza del fallito verrà a frazionarsi nella moltitudine dei suoi successori. Venti sono i creditori, e non rappresentano che il quoto del debitore. Gli utili che si ricaveranno dalla impresa, i quali sarebbero stati assegnati a Pietro, fal-

(1) Non vi ha anomalia che un commerciante sia addetto a una società civile, e nei suoi particolari affari possa esser dichiarato fallito.

(2) Può vedersi anche in Dalloz.

(3) Ognuno vede che la posizione è, come a dire, rovesciata. Se il fallimento del socio rompe di diritto la società, non trattasi più di continuazione ma di società nuova. Se la società dura invece e continua sotto la protezione della legge che la mantiene, i successori del fallito si trovano nella stessa condizione di lui, cioè tenuti dei debiti anteriori al loro ingresso, precisamente come stavano a carico del fallito.

Digitized by Google

lito, sono distribuiti in venti porzioni. Dirimpetto alla società non sono che nomi da trattarsi alla pari (1). Questo giudizio parmi irrecusabile. I creditori che trovano quest'apertura e vi si slanciano, sperano di poter avere miglior fortuna in una grande impresa che non avesse il disgraziato debitore; sperano di compensarsi più o meno delle perdite sofferte; giuocano un'alea; ed è chiaro che per tutto questo non possono che impegnarsi personalmente.

Alla seconda domanda.

I creditori del fallito accomandante potranno lasciare il capitale già immesso senza fare alcuna mutazione, affinchè possa fruttare a loro vantaggio secondo che potrà spirare il buon vento della impresa. Ed è manifesto, che niuna obbligazione assumono essi maggiore di quella del fallito che, supponendo avesse versata la quota promessa, non ne aveva più alcuna.

Alla terza.

È ragionevole che i soci non siano costretti a convivere con trenta o quaranta individui in luogo di un solo, e trascinarsi dietro un esercito. Il nostro Merlin entrò in questo concetto, lo comprese; ma si sentì schiacciato dal peso di una legge che non era ragionevole. Ora per noi riceve la sua vera e genuina applicazione l'articolo 124. *Il fallito può esser escluso:* per fallito intendi i creditori del fallito che succedono a lui, sparito dal mondo degli affari. Se la società *non è sciolta di diritto*, i soci hanno diritto di scioglierla. Le nostre idee sono esatte perchè sono correlative. Se il socio fallito non era che un accomandante puro e semplice, ovvero un azionista (nella ipotesi sopra premessa), l'avvenimento passerà inosservato; poco importa alla società se quel capitale, che dall'uno o dall'altro venne conferito, sia passato in proprietà di Tizio o di Caio: si sa che gli azionisti si succedono, vengono e vanno come onde che s'incalzano; e niuno si cura di questo movimento. Il citato articolo 124 parlando di *fallito da escludersi*, appella a colui che è personalmente obbligato; e non al capitalista che, abbandonando la sua immissione, vogliasi per cessione volontaria o forzata, non lascia dietro sè alcuna traccia del suo passaggio.

Alla quarta.

Pardessus esaminando seriamente la questione, osservò, che i creditori potrebbero avere il maggior interesse a liquidare senza indugio l'attività del fallito, e finire la pendenza; e chiede se, ostando i soci, alla cessazione della società (2) i creditori abbiano azione per provocarla. Pardessus opina che soltanto ai *soci non falliti* appartiene la scelta fra lo scioglimento e la prosecuzione della società. Dopo avere distinto fra il caso della morte e quello del fallimento per ragioni da noi dette altrove, pone che, generalmente parlando (3), i creditori di un fallimento rappresentando il debitore, non hanno diritti maggiori dei suoi; e come il debitore fallito non potrebbe allegare quale facoltà e sorgente di diritti la colpa del fallimento, così i creditori non possono farsene appoggio per esercitare a grado loro l'azione di scioglimento della società.

L'illustre autore aggiunge un argomento di maggior forza. Sentiamolo colle sue parole: « Sans doute la faillite rend exigible toutes les « dettes du failli; mais elle ne donne pas à la « masse le droit de forcer les débiteurs de ce « failli *à payer avant le terme;* sans doute en« core les créanciers d'un associé peuvent « exercer ses droits, mais seulement comme « il ait fait lui-même; et *ils doivent attendre « l'époque fixée* par la convention pour provo« quer la liquidation et le partage ».

Nè i creditori possono dolersi d'ingiustizia. Non è ingiusto ciò che è legittimo. Nè è nuovo nei contratti sinallagmatici che l'inesecuzione attribuisca alla parte offesa l'azione di rescindere il contratto, e non a quella che violò il diritto (n° 1066).

La stessa dottrina insegna Troplong (*Des sociétés*, n° 907).

Sotto una legislazione conservativa come la nostra molto più codeste ragioni devono valere. A me sembra della maggior evidenza che i creditori non hanno azione di sorta per abbattere la società che non ha dato causa ad uno stato di cose contrario ai di lei interessi, e derivante dall'altrui colpa o sciagura.

Ma il tema è delicato, e conviene rettamente assegnare i confini ai rispettivi diritti.

Primieramente è da osservare, che i termini della questione non potrebbero più porsi se-

(1) Succedendo indi una liquidazione fra i soci medesimi, le parti potranno essere quotizzate in proporzione dei loro crediti: ciò non può accadere rimpetto ai soci. Io ritengo che per impedire la dispersione delle somme, si potrebbe effettuare un sequestro presso gli amministratori della società.

(2) Sempre per la ragione che la legislazione francese conclude alla cessazione per il fallimento di un socio.

(3) Troppo bene questo *en général*, giacchè i creditori si trovano anche spesso in un sistema di opposizione col fallito e colle sue opere.

15 MAG 1865

Digitized by Google

condo l'esuberante ampiezza dispiegata nelle dottrine francesi. Non si tratta più, e nessuno lo immagina neppure, che i creditori di un fallito, agendo nel loro interesse, possano attentare alla distruzione della società. La questione invece si restringe a questo punto; *i creditori del fallito possono dissociarsi, ossia ritirarsi dalla società*, esercitando il nome del loro debitore? In proporzioni così moderate la questione si mostra meno allarmante: nondimeno, bisogna convenire, è governata dallo stesso principio. Salvochè non sia favorito dallo statuto sociale, o da qualche ragione generale (1), i rappresentanti del fallito si sentirebbero rispondere: che niuno può sfuggire alle proprie obbligazioni, disdire le promesse, nè trarre un profitto qualunque dalla sua colpa.

Ma ciò che i creditori possono e hanno diritto di fare, è di collocarsi in una situazione di astensione e meramente passiva quanto alle persone loro proprie.

Noi abbiamo di sopra stabilito che i creditori del fallito, i quali, senza opposizione dei soci, volessero prender parte attiva nella società, sì il potrebbero fare; ma dovrebbero pronunciare i loro nomi, pubblicarli (2): e fare infine una speculazione personale a loro rischio e danno (3). Ma essi non potendo cavar le mani da una impresa alla quale non si sentono per avventura inclinati, staranno in disparte; potranno anche non curarsi di quella incerta sostanza e abbandonarla al suo destino, non considerandola nell'attivo, o valutando per quanto può valere la speranza di un qualunque benefizio avvenire. O volendovi pure applicare le loro cure senza compromettersi, faranno rappresentare il fallimento da persona che, secondo i casi, sarà anche nominata dal commissario o dal tribunale; che durerà sino alla liquidazione o sino al concordato, dal quale riabilitato, il fallito potrà riprendere il suo posto negli affari sociali, se non ha ceduto ai creditori il suo diritto (4).

—

567. Non è ancora finito il nostro omai troppo lungo lavoro intorno a questo articolo gravido, direi quasi, di teoremi, e interessante per gli egregi mutamenti introdotti dal nostro Codice di commercio. Resta ancora un esame di assai rilievo: il diritto della *dissociazione volontaria*.

Anche qui notiamo una ben grave variazione legislativa, scritta, se mi si permette la frase, nel silenzio dell'articolo 166. Era canone dei precedenti Codici civili che estendeva la sua efficacia sulle cose commerciali (5); che — la società finisce — *per la volontà espressa da uno o più soci di non voler continuare la società*.

Non ripetuta questa dichiarazione nel Codice di commercio, è forse una facoltà che si deggia tener in conto di abolita relativamente alle società commerciali? Non si può rispondere seccamente e all'improvviso; ma convien passare per mezzo a non poche considerazioni.

Già gli autori sono concordi tale facoltà essere stata preconizzata per le associazioni contratte a *tempo illimitato* malgrado il principio — *nulla societatis in æternum coitio est* (PAULUS, Leg. 7 § 1 pro socio). Quindi la volontà di recedere dalla società, che *è la rinunzia*, fu posta dall'antico magistero fra le cause normali della dissoluzione (6).

Il primo grado della rinuncia è quello che deriva dal consenso di tutti i soci che come si riunirono per atto spontaneo, con pari spontaneità e buon accordo si separano. *Dissociamus renunciatione*. Ma un testo espresso dichiara che a tale effetto si esige la volontà di tutti (7).

Dal principio che *solvitur societas si omnes dissentiant*, pareva discendere il corollario, che *la volontà di un solo* nulla potesse; o se costui

(1) Come sarebbe la facoltà di ritirarsi dalla società a termine indefinito, di cui veniamo a discorrere al nº 568.

(2) Come impone l'articolo 163 (la mutazione dei soci).

(3) Vedi sopra in risposta al quesito *a*).

(4) Si è detto con ragione, che non volendo pronunciarsi per lo scioglimento della società, i soci potranno chiedere che i capitali del fondo sociale, immessi od obbligati dal fallito, *siano separati dalla massa del fallimento* (PARDESSUS, loc. cit.).

(5) Ripetuto ora nell'articolo 1720, nº 3, del nostro Codice civile.

(6) Leg. *societatem* 4 e Leg. *rerum* 61 Dig. pro socio. SCHRADER, *De contract.*, tit. XXVI, vº *De societ.*, num. 59, annovera sino a dieci cause, e non incongruamente: 1º renunciatio; 2º mors; 3º publicatio bonorum; 4º maxima atque media capitis diminutio; 5º decoctio; 6º rei peremptio; 7º finitum negotium vel ratione temporis vel ratione ipsius negotii; 8º dissensus expressus vel etiam tacitus sociorum; 9º novatio; 10º divisio. Partizione sapiente che gl'illustratori del diritto sociale seguirono e dimostrarono; e viene a riassumersi con analoghe applicazioni nelle legislazioni moderne.

(7) « Diximus dissensu solvi societatem; hoc ita » est, *si omnes dissentiant* » (Leg. *actione* 66, § *si renunciaverint* Dig. pro socio).

Digitized by Google

ottenesse colla sua rinunzia di liberare da sè i soci, se stesso obbligherebbe a rifondere i danni che la sua rinuncia avesse cagionato, secondo la giudiziosa espressione del giureconsulto (1). Più avanti una decisione degli imperadori lasciò attecchire qualche dubbio. Essa suona così: « Tamdiu societas durat, « quamdiu consensus *partium integer perse-* « *verat*. Proinde si jam tibi pro socio nata est « actio, etiam eam inferre apud eum, cui super « eà re notio erit, non prohiberis » (Leg. 5 Cod. pro socio). Il testo fu inteso in varii modi. VINNIO ne dedusse che la più ampia facoltà è accordata ai singoli di recedere dalla società, *re etiam integra;* e questo insegnò essere proprio e peculiare del contratto di società (2); la fraterna sua indole non consentire una comunione divenuta, per così dire, odiosa; non si è soci per forza; e se patto vi fu di società perpetua (cioè a vita), tale patto ripugnare alla natura della società. Parecchi opinarono con VINNIO, nome di tanta autorità; ma il più dei repetenti si scostarono da tale interpretazione; fra gli altri DUARENO (3), CONNANO, ALESSANDRO e lo stesso SCHRADER sopra citato. Fra i pratici MANTICA (4) e ANSALDO (5) dissero. sciogliersi bensì la società per lo dissenso di un socio, ma solo quando gli altri soci espressamente o tacitamente convenissero; ed equivale al dire che il dissenso di un socio non basta.

Veramente dal primo periodo della Leg. *Tamdiu societas* si è condotti ad accettare la sentenza di VINNIO. Il consenso non è più *integer* se anche un solo dei soci ritiri il proprio. Io però mi permetto di osservare che la enunciativa del testo è più assertiva che dogmatica, non essendo rivolta la decisione degli imperatori a definire un principio ma più presto a stabilire una conseguenza derivante dal fatto della dissoluzione (6). Più chiaro è l'altro testo delle istituzioni: « Manet autem « societas eo usque, donec in eodem consensu « perseverint. *At cum aliquis renuntiaverit* « *societati, solvitur societas* » (7). E in questa salda base era posto l'insegnamento del grande illustratore.

Io non intendo di tirare a concordia l'antinomia che si presenta fra le citate disposizioni del diritto romano. I trattatisti, nel loro metodo consueto, passano tosto a stabilire il supremo requisito della rinunzia: la opportunità, la tempestività, ad evitare la indennità verso i confratelli che continuano nell'associazione. Di ciò nessun dubbio; ma la idea intermedia, secondo il veder mio, rimaneva oscillante: cioè in quale principio razionale si fondasse l'autonomia dell'individuo, mentre trattavasi di comunione statuita in un contratto ch'era libero di non creare, una volta creato, era debito di osservare. Il requisito della opportunità appartiene al *modo* della rinunzia; ma prima di discutere del modo, doveva segnalarsi il diritto, la facoltà, la libertà della rinunzia. A questo risultamento poteva esser guida il principio cui accennai nell'esordio di questo paragrafo, *le società non dover durare in eterno;* principio fecondo, ma, se non erro, poco tesaurizzato dagli espositori; che, per dirlo di passaggio e con tutta la riverenza, erano più solleciti dell'esegesi che del raziocinio. E intanto si rimaneva in mezzo a disposizioni poco conciliabili fra loro.

568. Il principio fu raccolto dai moderni e messo in evidenza. POTHIER, nella sua ammirabile semplicità, pose la teoria: « Bisogna di- « stinguere le società che sono contratte *senza* « *alcuna limitazione di tempo* da quelle che « sono state contratte per un tempo limitato. « Riguardo alle prime, un solo dei soci può « sciogliere la società (8), notificando agli altri « ch'ei non intende più rimanervi » (*Del contratto di società*, n° 149).

Il Codice Napoleone, seguendo quelle grandi orme, ne fece una legge bella e chiara nell'articolo 1869. I Codici italiani accettarono l'un dopo l'altro la tradizione; e da ultimo è nato l'articolo 1733 del nostro Codice civile, perfettamente conforme. L'illimitato ha qualche cosa che sgomenta in una società. La legge

(1) « Quid enim si unus renunciet? Cassius scri- « bit, eum qui renunciaverit societati, « *se quidem* « *liberare socios suos, se autem ab illis non libe-* « *rare* ».

(2) « Hoc in contractu societatis *jure singulari* « receptum est contra regulas communes de dis- « solvendis obligationibus (*Comment. in Inst. de societ.*, § *manet autem*.

(3) *Comment. jur. civ*, in tit. XXXVIII, Dig. pro socio, cap. III.

(4) *De tacit. et ambig.*, tom. I, lib. VI, tit. XXIII, num. 30.

(5) *De commerc.*, disc. 53, num. 17.

(6) La glossa d'ACCURSIO lo dimostra. Trattavasi di sapere se, sciolta di consenso la società, si potesse da uno dei soci chiedere la restituzione di cosa che li apparteneva *causa societatis*, e rimasta *apud Titium:* e si rispose: *quod sic, actione pro socio, quæ jam nata est societate finita.*

(7) Detto § *Manet* 4° Instit. de societate.

(8) Intendi: quanto a sè.

Digitized by Google

è venuta in soccorso della nostra libertà sagrificata in un trasporto di confidenza: così potesse farlo in tanti altri casi! Può anche dirsi, che si contrae una società senza limiti appunto perchè si sa di potersene sciorre a piacer suo. Una egregia distinzione è stata fatta che si vede al confronto del citato articolo coll'articolo 1735. Io penso che quello stesso regolasse le diverse applicazioni sotto l'impero del diritto comune. Se il tempo è illimitato, non è mestieri indicare alcuna causa: *voluntas sufficit*. Quando alle società *a tempo determinato*, prima che questo sia finito, bisogna addurre una causa giusta.

Ora convien far passaggio ad una ricerca della più alta importanza. L'articolo 166 determina le cause per le quali si sciolgono le società commerciali. Quella che ancora vige in ordine alle società civili, la *dissociatio voluntate unius*, è letteralmente cancellata dal novero. Adunque quel principio, vindice di libertà, non sarà più ammissibile? In commercio una società illimitata per tempo, sarà veramente eterna? A questa osservazione aggiunge un peso immenso, che neppure la morte, *quæ omnia solvit*, fa cessare una società di commercio. Fin dove andremo? Ecco il curioso problema che ci si offre.

Quando la sorte di una società commerciale, sia pure costituita a tempo illimitato, dipendeva dalla volontà, diremo anche dal capriccio di un solo, la dottrina che sempre veglia sui trascorsi del legislatore, si adoperava a stringer il freno, a regolare questa pericolosa facoltà. Diretta da uomini previdenti la convenzione sociale, suole predisporre sulle future contingenze di questo genere: e nulla di meglio. L'evento sott'altra legislazione era specialmente temuto nelle società azionarie per motivi che tutti intendono. A prevenire l'incongruo recesso di un socio, si era cauti di dichiarare nello statuto sociale, che tale facoltà non potesse esercitarsi se non mediante la cessione delle azioni di cui si fosse in possesso. Come si vede, il contratto non si metteva in uno stato di opposizione diretta in faccia alla legge; ma studiava un espediente, preparando al socio un'altra via per conseguire lo stesso effetto, di liberarsi cioè dalla società. Vi fu una fiera questione su questo soggetto avanti la Corte suprema di Francia: della causa era relatore TROPLONG. Favorevole alla validità del patto, egli ammetteva in principio la facoltà del socio, guarentita da tante leggi antiche e moderne; ma soggiungeva, che quel principio non era stato nè contraddetto nè violato. Proteggendo la libertà dell'individuo, la legge non aveva prescritti modi e forme; e questo era un modo egualmente facile, sicuro, efficace. Due obbiezioni si presentavano, alle quali non era difficile la risposta: 1° Che non sempre le azioni si possono vendere; allora avrebbe dovuto subirsi l'associazione forzata: ciò era in diametrale opposizione colla legge; 2° Che il legislatore non ignorava la facoltà che appartiene ad ogni azionista di cedere le proprie azioni; ciononostante aveva designata la divisione dell'asse; un modo valeva l'altro; e il patto indicando uno di questi modi, l'altro non poteva escludere.

Le idee spiegate in quell'occasione dal TROPLONG, erano luminose. Egli dimostrava che, durante la società, non esiste una vera comproprietà dei soci azionisti nel patrimonio dell'ente sociale, dai singoli necessariamente distinto. La divisione del capitale in azioni, egli diceva, ha per iscopo *di organizzare, a fianco della proprietà sociale, il diritto dei soci considerati uti singuli*. È talmente distinto il rango di codesti diritti, che mentre la società è posseditrice d'immobili, le azioni rilasciate ai soci non sono che mobili (1). Per conseguenza, non potendo i soci fondare la loro domanda in un gius reale, che apparteneva all'ente collettivo, non avevano qualità per chiedere la divisione del patrimonio sociale: con che si stabiliva la condizione *sui generis* delle società costituite per azioni.

Contro il permanente preteso stato d'indivisione, dico, che lo spartimento del capitale per azioni si affaccia allo spirito come una vera divisione. Per certo quando la società (persona civile) sarà estinta, i soci, rientrando nella loro individualità, cadranno in una specie di comunione che esige il partaggio. La convenzione che ostasse a questo esito naturale di ogni comunione, sarebbe condannata dalla legge.

All'obbietto che, ove non si trovasse compratore delle azioni, di forza si dovrebbe rimanere nella società, risponde, che l'ostacolo non opera di una maniera assoluta; può non essere che momentaneo e appena produttivo di qualche ritardo. D'altra parte non si potrebbe metter del pari una rinuncia totale, incondizionata, a una convenzione che tende a limitare la facoltà di recedere dall'associazione (2).

(1) Che fu per noi spiegato al num. 518 e 519.

(2) TROPLONG, *Des sociétés*, num. 971. Quantunque ridotta a forme più concentrate, secondo il mio stile, le idee dell'illustre scrittore, spero di averne

Non possiamo pretermettere le oscillazioni della giurisprudenza. Si rammenta una sentenza della Corte di Lione (18 maggio 1823), che con motivazione assai prolissa aveva creduto di potere stabilire, che in ogni caso di società in nome collettivo, fosse in facoltà del socio di ritirarsi, senza esame di cause e senza la menoma responsabilità. Questa dottrina venne confutata da HORSON (pag. 21). Decise però in termini positivi la Cassazione francese, che giammai l'articolo 1869 del Codice Napoleone potrebbe applicarsi nelle società costituite per azioni (6 dicembre 1843, SIREY, tom. XLIV, part. I, pag. 22). Può mettersi a costa una bella decisione del Senato di Genova del 20 gennaio 1854 (Causa Peyrano-Società di assicurazioni, BETTINI, tom. IV, p. II, p. 61). Giova avvertire che questa dottrina non era dedotta dalla virtù del patto sociale, ma dalla intrinseca natura di tali società, onde poteva aspirare al grado e alla dignità di teoria.

569. Lasciamo il discorrere delle legislazioni precedenti, e veniamo alla nostra. Io notai di sopra, che il mutamento legislativo inverte l'ordine della discussione e la nostra stessa obbiettiva. La paventata facilità d'una dissociazione volontaria voleva esser frenata, e ispirava idee di rigore; di presente siamo disposti ad ammollire quella che si direbbe soverchia durezza della legge. Non temiamo più che un socio ci sfugga di sotto, e per velleità o capriccio abbandonando la società (di commercio), la faccia cadere. Piuttosto timor ci prende che i singoli siano tratti nelle spire di una società senza termine, e non possano uscirne mai. Se la inapplicabilità degli articoli 1733 e 1735 del Codice civile è assoluta nelle cose di commercio; se i principii da cui s'informano sono per noi aboliti, non si saprebbe su qual terreno legale porre il piede. Ma siamo forse a questo punto? È ciò che bisogna un momento esaminare.

Formiamoci prima un'idea del tempo *illimitato*.

Il limite può essere nell'oggetto: ogni società che ha uno scopo espresso e specifico, ha un tempo limitato, ed è quello necessario a svolgere e maturare l'impresa. Cominciamo adunque dal dire che le società anonime sono di loro natura limitate, avendo un oggetto determinato col quale si annunciano (art. 129).

Una società *a vita* si reputa a tempo illimitato? Non si può dubitarne (1). La negazione della nostra libertà personale è così espressamente affermata in un simile patto, che vi ha qualcosa di opprimente, e simboleggia molto davvicino la schiavitù.

Altre società non enumerano un oggetto specifico di cui si può fino a un certo punto misurare la durata, ma comprendono oggetti definiti, se vuolsi, quanto al carattere delle operazioni, indefinibili però rapporto al tempo per la naturale loro progressione, o per la quantità delle negoziazioni poste sul tappeto da speculatori arditi e fiduciosi dell'avvenire (2).

Ora io penso che i grandi principii di libertà tramandatici dagli antichi, e meglio determinati nei Codici moderni in fatto di società interminabili, non siano morti per quelle di commercio. Anzichè le disposizioni del Codice civile, ci sarà guida la ragione, ritenendo che quelle disposizioni non siano allegabili se non pei motivi razionali che contengono, e noi pure possiamo invocare.

Un'associazione commerciale illimitata ha il suo limite nella ragionevolezza della causa che si allega per esentarsene. Ecco il mio principio. Io parto dunque dal punto che, la volontà nuda, la volontà ingiustificata, come sembra ammettere l'articolo 1733 del Codice civile, e certamente ammettevano le antiche teorie, non sia sufficiente. Noi che siamo in questa posizione, di sostenere il principio della rinunzia volontaria non col favore della legge, ma, per così dire, malgrado la legge, non dobbiamo accettare quale causa efficiente di diritti all'infuori di ciò che la ragione giustifica. Ammettiamo adunque la rinuncia volontaria nelle società commerciali illimitate, *ma per giusti motivi* (3).

Due restrizioni inoltre dobbiamo porre a questa regola: 1° escludiamo da tale facoltà gli azionisti. Prescindendo dal riflesso che le società per azioni hanno, si può dir sempre, uno scopo determinato e conosciuto, gli azionisti

conservato il concetto. Giustizia vuole che se ne conceda la priorità al PARDESSUS, che lo prevenne al num. 1063 della celebre sua opera. Vedi anche DELANGLE, *Des sociétés commerc.*, num. 667 e seg.; ZACHARIÆ, tom. III, § 380.

(1) TROPLONG, num. 907.

(2) Supponiamo una società senza tempo, per operazioni di banca; per operazioni marittime, ecc.

(3) Motivo giusto può anch'essere il bisogno, la convenienza di dedicarsi ad altri affari; di dare un'altra direzione ai capitali, ecc., ecc., e persino il lungo tempo trascorso è motivo abbastanza serio, colorato da circostanze verosimili. Non è il *sic volo*, l'assoluto, l'indipendente, come se non ci fosse convenzione, e due giorni dopo si potesse revocarla.

posseggono intrinsecamente la facoltà di sciogliersi, cedendo le loro azioni; 2° che il recesso, quantunque ragionevole a giudizio dei magistrati, non risolva la società; ma solo permetta al socio di liberarsi per quanto riguarda il suo particolare interesse (1). Vero è che talvolta il recesso di uno o più soci può portare allo scioglimento della società (2); ma come lo scioglimento sia divenuto necessario, è giudice la società medesima; alla quale, d'altra parte, non fa ingiuria *qui suo jure utitur.*

Articolo 167.

Finita o sciolta la società, gli amministratori non possono far nuove operazioni.

Articolo 168.

Se l'atto di società non ha determinato il modo della liquidazione e della divisione dell'asse sociale, si osservano le regole seguenti:

Se i soci non sono concordi, la nomina di coloro che devono procedere allo stralcio sarà fatta dall'autorità giudiziaria;

Finchè la nomina non sia stata fatta ed accettata, gli amministratori ne fanno le veci;

L'atto di nomina deve essere depositato, trascritto, affisso e pubblicato a norma degli articoli 158 e 161.

570. *Liquidazione della società. Posizione dei soci e conseguenze dello scioglimento dell'unione sociale, giusta l'antico diritto. Nuovo aspetto del diritto moderno. La società in liquidazione mantiene il suo carattere di ente collettivo, distinto dalla persona dei soci, rimpetto ai terzi.*

571. *L'antica amministrazione continuando sino allo effettivo esercizio degli incaricati allo stralcio, ciò dimostra che la causa onde emanano quei poteri non è distrutta; ma gli amministratori non possono fare nuove operazioni.*

572. *Come a legittimare la nomina degl'incaricati allo stralcio debba concorrere il consenso di tutti i soci. Della consuetudine. Della potenza dell'atto sociale, e autorità che ne deriva all'assemblea degli azionisti.*

573. *Dell'autorità giudiziaria in quanto surroga il consenso dei soci; si propone la procedura da tenersi.*

---

570. Sciolta la società, si procede alla liquidazione. È una conseguenza necessaria. Debiti e crediti della società, diritti reciproci dei soci, hanno d'uopo di essere appuntati o determinati con tutta esattezza. La liquidazione non ha una forma, non è soggetta a prescrizioni, se non perchè è troppo raro che tutti gl'interessi si uniscano in buon accordo a rivedere i loro conti e intendersi sui modi di soddisfacimento. L'impotenza dello statuto sociale a regolare la liquidazione; il dissenso degli interessati: ecco lo stato delle cose che la legge suppone quando viene ad imporre il suo precetto.

La liquidazione non è altro che l'operazione che riduce a cifre positive e bilanciate i crediti e i debiti confusamente asseriti; e sotto questo aspetto non vi è cosa più antica (3). Il *metodo* è moderno, e con esso è venuto variando anche il sistema della divisione. Un tempo si procedeva con assai maggiore semplicità. Scorrendo il trattato di POTHIER sulle società dal n° 167 al 174, si vede che con assai pochi preamboli si faceva *de plano* fra i soci la divisione dei mobili e degli immobili in natura; si partivano i crediti; si vendevano all'incanto gli stabili quando non potessero dividersi comodamente. I debiti della società solevano pagarsi dai soci

---

(1) Nuova applicazione dell'articolo 125.

(2) Secondo le osservazioni fatte intorno al citato articolo.

(3) FRÉMERY ha detto (pag. 68) che la *liquidazione* è una conquista del secolo XVIII. Certamente nel senso del metodo applicato alle società di commercio.

Digitized by Google

che ne avevano avuto il compenso nelle rispettive assegnazioni (CASAREGIS, disc. XXIX, num. 39).

Il sistema era presso a poco quello che si usa nella partizione dei beni ereditari, e che i legislatori accettano volontieri e trovano opportuno in fatto di società civili (articolo 1872 del Codice Napoleone, articolo 1736 del nostro Codice civile). Le lentezze, le soste, ed anche i pericoli di questo processo divisorio sono lungi dal soddisfare ai bisogni del commercio. Riunire non solo in un concetto, ma in un congresso, una pleiade d'interessati, è difficoltà troppo grave. Se per disgrazia avete fra i piedi dei minori o degl'interdetti, non potete sperare sulla spontaneità del loro consenso. Dovete procedere all'apposizione dei sigilli; a pesanti e minuziosi inventari in mezzo a termini di giudici e operazioni di periti che non finiscono mai. Vendite d'immobili trascinate per tutta la lunghezza dei procedimenti giudiziari; le difficoltà cresciute in ragione della stanchezza e del tempo; una buona raccolta di questioni in fin del conto: tutto ciò è interminabile; intanto i creditori impazienti si agitano, e la liquidazione volontaria può finire nella forzata che sussegue al fallimento. *Una società in liquidazione* ha tutt'altro senso nel linguaggio commerciale.

La grande importanza è la nomina dei deputati allo stralcio, o *stralciari*. La società sussiste ancora, assumendo un diverso carattere. La proposizione ha l'aria del paradosso, leggendosi nell'articolo 167: *Finita o sciolta la società*, ecc. (1). Il còmpito degli affari è finito (articolo suddetto), ma la società sussiste *per liquidarsi:* la sua caratteristica è *società in liquidazione*. Quale sia l'effetto immediato dello scioglimento, quale la nuova fase in cui si entra, veramente rileva il considerare. Tornando un'altra volta al POTHIER, il nobile e ultimo rappresentante, direi quasi, dell'antica dottrina (2), scorgesi in qual diverso modo si possa comprendere questa evoluzione definitiva dei rapporti sociali (3). È nell'ordine naturale che, terminata la società, e restando un ammasso di cose indivise, si faccia transito a quello stato estra-contrattuale che si chiama *comunione*, che è sempre in facoltà delle parti di sciogliere mediante la divisione. Quindi due azioni si dicevano competere ai soci: quella *communi dividundo*, e quella *pro socio* (4); e la proposizione è inappuntabile. La prima azione fu per una specie di necessità dei giudizi aggiunta all'altra *pro socio*, poichè dovendosi per consueto, al termine di una società, procedere alla divisione, a questo peculiare intento si trovò scarsa, per così esprimermi, l'azione *pro socio*, e giusta il classico rigore, non perfettamente adatta. In quest'estremo stadio, il vincolo sociale è sciolto, e il concetto della *comunione*, che tiene al fortuito e all'occasionale, sottentra logicamente (5). Ma concedesi eziandio l'azione *pro socio*.

L'azione *pro socio* è una facoltà direttamente prodotta dal convennio sociale; ed è sempre personale fra socio e socio. Essa si esercita ancora, ed anzi con maggiore ampiezza e risultato, finita la società (6). E BALDO ebbe a dire (in L. tamdiu Cod. pro socio) che *societas prius dissolvitur, et postea pro socio actio nascitur*. Difatti, durante la società, l'*actio pro socio* non opera che ristrettamente *et particulariter;* cioè per qualche capo di diritto, conseguente dalla convenzione sociale, quale sarebbe per la esecuzione di certi patti, per lo versamento di capitali promessi, per la comunicazione dei guadagni, e via discorrendo (7). Sotto l'aspetto generale considerata, l'*actio pro socio* è di sua natura posteriore alla esistenza della società, traendo alle conseguenze utili che ne derivano e ab-

(1) *Finita*, cioè *tempore exausto;* sciolta, per un fatto qualunque, anzitempo.

(2) *Del contratto di società*, n° 153 e seg.

(3) Vero che POTHIER si occupa delle società in genere, e non particolarmente delle commerciali, seguendo il diritto romano e consuetudinario francese; quando però si consideri che una legislazione commerciale, su questo punto almeno, non esisteva, s'intende la estensione che poteva darsi a quei principii. Io vengo citando POTHIER, come potrei citare tutti gli espositori del diritto romano.

(4) POTHIER (Trattato suddetto, num. 131), che io debbo difendere da un appunto fattogli da TROPLONG (num. 997), ove dissi non riconoscere la consueta esattezza dell'autore. Le poche cose che io dico nel testo possono bastare.

(5) Ecco il testo espresso dal giureconsulto Caio: « Nihil autem interest cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu *locus est communi dividundo judicio* » (Leg. *Nihil* 2, Dig. com. divid.

(6) *Glossa* in Leg. *Tamdiu* Cod. pro socio. AZO, *in summa* Cod. lib. IV, rubrica pro socio, num. 13; ZANCHIUS, *De societate*, part. IV, cap. XI; BRUNNEMANUS, in detta Leg. *Tamdiu*, n° 2, Cod. detto; VOET, in Pand., lib. XVII, t. II, num. 9; MARTICA, *De tacit. et ambig.*, lib. XXVI, tit. XXV, num. 0.

(7) *Glossa* in Leg. *Tamdiu* suddetta. AZO e BRUNNEMANUS ai luoghi sopra citati; WESEMBECIUS, in Pand., lib. XVII, tit. II, pro socio; SCHRADER, *De contractibus*, tit. XXVI, *De societate*, num. 60, ecc.

Digitized by Google

bracciandole nel loro complesso, come lo scopo finale della società medesima.

Se la nomenclatura delle azioni è divenuta meno interessante, *quod est in substantia servabimus;* e nella sostanza, dopo lo scioglimento della società commerciale secondo il moderno diritto, non nasce al socio l'azione individuale per lo assegnamento e riparto delle cose sociali, ma subentra uno stato di cose di ordine ugualmente collettivo, che è lo *stato di liquidazione* (1), altamente richiesto dall'interesse del commercio, e regolato dal senno legislativo. Vi è ancora un'amministrazione comune per quanto riguarda la definizione delle pendenze e lo epuramento dei residui sociali; più, vi ha dei poteri direttivi, che hanno radice nella legalità, che la volontà dei soci non può declinare perchè istituiti anche nell'interesse dei terzi; società *sui generis*, consequenziale, derivativa, necessaria, ma che di fronte ai terzi mantiene pure un carattere *di ente collettivo e distinto dalle persone dei soci* (articolo 107).

571. Così può dirsi, senza giuocare d'antitesi, che la società *sciolta* non è finita; condizione di cose, la cui ragione è bene espressa da Frémery. « La dissolution ne s'opère que « par la volonté des associés (2). Ils sont donc « maîtres de rompre *seulement une partie des* « *liens* qui les unissent; *ne peut arriver que* « *par degrés à une complète dissolution* ». Completa dissoluzione, s'intende, di tutti i rapporti sociali e restituzione alla primiera indipendenza. Il concetto progressivo e la gradualità della transizione è già raffigurato in quanto si dichiara, che gli *amministratori* fanno le veci degli *incaricati dello stralcio* sino alla loro nomina; e alla loro nomina essi amministratori scompaiono dal teatro delle operazioni. Se la società è morta, i suoi amministratori sarebbero morti con quella (3); se le loro funzioni non sono interamente cessate, e l'esercizio se ne protrae sino a un certo punto nel nuovo stato dell'associazione, non è dunque ancora estinta la causa da cui ebbero origine. Ma poco appresso, dalla concentrazione dei poteri nei liquidatori viene in aperto il carattere particolare di questa società in appendice.

Quali sono questi poteri e attributi dei liquidatori? Chi sono essi? Rappresentanti della società, amministratori a funzioni determinate, semplici mandatari? Lo vedremo esponendo gli articoli che seguono.

Intanto è stabilito nell'articolo 167 che *gli amministratori non possono fare nuove operazioni*, altrimenti non si finirebbe mai più. « Cette société, disse Alauzet con gran precisione, n'a pour but de rien entreprendre, « elle doit seulement terminer ce qui est com« mencé, sous la condition de rendre compte; « est ce qui la distingue de l'ancienne société « dissoute, dont elle est héritière passivement « et activement » (nº 287). Gli amministratori che intraprendessero nuovi affari, non obbligherebbero più che se stessi, dato che lo scioglimento sia stato pubblicamente annunciato come di ragione (4).

È facile distinguere lo sviluppo degli affari assunti dalla società, da quelli che si assumono *ex novo* in suo nome. Tutte le promesse preesistenti devono essere portate ad onorevole conclusione nel miglior modo possibile. I debiti bisogna pagarli per non aver sembianza di falliti; soddisfare le cambiali in scadenza, ricevere le merci che sono in viaggio, fare in giornata le consegne obbligate; ed altro dirò più avanti. Amministrazione transitoria, e nonostante vera amministrazione che si va assottigliando ogni giorno col progressivo scemamento degli affari correnti, finchè si giunga fra un certo tempo a quella specie di riposo che caratterizza le operazioni finali dello stralcio. Gli amministratori tenuti in funzione per necessità delle cose, serbano della loro autorità quanto basta per provvedervi, senza distinzione fra quegli amministratori che poterono apparire quali organi sostanziali (5) della società alla quale appartenevano (come suole avvenire nelle società in nome collettivo), e fra quelli che si

(1) Sostituito a quello di semplice comunione anteriormente riconosciuto.

(2) O per la forza delle cose.

(3) Specialmente riguardate le società per azioni, nelle quali gli amministratori non sono che mandatari.

(4) Così gli eredi del defunto socio, in quei casi in cui la morte scioglie la società, non rispondono delle operazioni dei gerenti posteriori alla morte del socio (Corte di Genova, 11 dicembre 1853, Bettini, tom. vii, part. ii, pag. 938).

(5) Mi sia permesso di dare qui spiegazione di alcuni vocaboli che vado usando, facili a confondersi. *Sostanziali* (in materia di società) dico quegli atti e quelle funzioni di cui non si può sopprimer l'esercizio senza cangiare il modo di essere della società in quanto è così costituita; *essenziali* chiamo gli atti, le forme, le operazioni, che danno il carattere *categorico* onde una data società si discerne dalle altre.

Digitized by Google

considerano semplici mandatari (1): la loro funzione è qualificata dall'oggetto, cioè dalla stessa liquidazione.

—

572. L'art. 168 subordinando la volontà propria del legislatore a quella dei membri della società, e dichiarando che sarà per rispettarne le preconvenzioni, sembra darne paternamente il consiglio. Nelle più cospicue società, l'atto costitutivo suole redigersi da giureconsulti esperti di cose commerciali; non è sempre agevole preconizzare i futuri liquidatori alla distanza che s'interpone fra la nascita della società e il di lei scioglimento; ma si stabiliscono i modi, le forme della liquidazione, e per lo più le controversie che saranno per sorgerne si deferiscono agli arbitri. Rese manifeste al pubblico cotali convenzioni, ed accettate col fatto stesso delle negoziazioni che i terzi aprono colla società, saranno la norma, più o meno compiuta, del processo liquidatorio; la disposizione legale ne riempirà i vuoti (2).

Prescindendo dal convenuto, e ragionando colla legge, io stimo che a quelle parole — *se i soci non sono concordi* — possa aggiungersi senza variarne il senso — *tutti i soci* — essendo un portato della dottrina comune: che la nomina del liquidatore non è legittima, se non alla unanimità dei suffragi (3). Il che risponde alla distinzione da noi altrove posta fra interesse *collettivo* e *individuale*. È di tutta evidenza che ora non si tratta che dell'interesse dei singoli ai quali l'ultimo esito dovrà misurare i vantaggi o le perdite dell'impresa.

L'articolo 168 avrà derogato alle consuetudini delle piazze e dei luoghi ove fosse invalso di ammettere come legittima la nomina degli stralciari alla semplice maggioranza dei voti?

Prima di rispondere porremo in sodo che, quantunque in teoria non possa ammettersi altro principio che quello suenunciato, è lecito alla convenzione il derogarvi. Parlo della convenzione primitiva, dell'*atto di società*, come si esprime l'articolo 168. L'assemblea alla quale sia stato delegato il potere di deputare a maggioranza di voti i liquidatori, può validamente esercitarlo, regolarmente convocata, prima dello scioglimento. In effetto la volontà *di tutti* è concorsa *ab origine;* quella volontà regge e governa gli atti successivi, e si ritiene come ad essi contemporanea. Non escludo che tale facoltà possa attribuirsi all'assemblea durante l'esercizio della società; ma alla condizione del consenso dei singoli che hanno il diritto del voto (4).

Ora tornando al quesito, non si può di leggieri fare una concessione alla consuetudine, se non fosse di modo stabilita e sì universale che si potesse credere entrata nelle viste dei soci alla costituzione della società.

573. Ma l'accordo di tutte le volontà è pur cosa difficile! La legge lo prevede, e subito ci addita, a sovrano rimedio, il ministero giudiziario. Ciò è naturale, e pareva superfluo il dirlo, ma ci sono due motivi. Il primo conferma la istituzione dei liquidatori, e inchiude il divieto di procedere in altra guisa; cioè per operazioni separate, singolari, non dirette, non governate da mandatari responsabili, assuntori legali, agenti in lavoro concentrico *et per modum unius*, con discipline prestabilite e poteri regolati dalla legge (5). Un altro motivo, io credo, giustifica quella espressione; ed è, che per altre legislazioni era questo attributo degli arbitri. L'arbitramento forzato abolito in tutte le legislazioni liberali, lo è pure dalla nostra, sempre più persuasa che una delle guarentigie della libertà dei giudizi consiste nella facoltà permanente di adire i tribunali ordinari; è un felice pleonasmo quello che ci fa intendere chiaramente la volontà della legge dove si tratta di confermare implicitamente un importante principio.

Di procedimento non si occupa per l'ordinario il Codice di commercio, e può trovarsi conforme al suo istituto: ma vi sono casi di cui nemmeno si occupa il Codice di procedura.

Come si fa a conoscere se i soci non siano concordi: ossia quando è che il loro dissenso autorizza taluno degli interessati ad invocare dall'autorità giudiziaria la nomina degli *incaricati allo stralcio?*

Io ritengo che cessata formalmente la società (6), gli amministratori dovranno convocare con pubblici avvisi da inserirsi nei giornali giudiziari i singoli soci, indicando la materia della deliberazione, come prefigge l'articolo 145. La non comparsa denota dissenso. In tal caso gli amministratori hanno uno spe-

(1) Differenza che in più luoghi dell'opera fu avvertita: vedi, fra gli altri, il num. 477.

(2) Intendo, che la legge soccorre al difetto della convenzione.

(3) MALPEYRE e JOURDAIN, num. 311; TROPLONG, *Des sociétés*, nº 1023; ALAUZET, *Comment.*, nº 282.

(4) Compresi quindi gli azionisti che hanno voce nell'assemblea.

(5) Quando il procedere stragiudiziale non sia convenuto da tutti gl'interessati.

(6) Vale dire, dopo la pubblicazione dello scioglimento.

Digitized by Google

cial dovere di ricorrere all'autorità giudiziaria.

Ma due problemi interessanti restano a sciogliere: 1° devono citarsi tutti i soci nelle forme solite ai giudizi? 2° il tribunale (certamente quello di commercio) risponde in processo contenzioso coi metodi comuni della procedura?

Alcuno dirà che ciò sembra contrario a quello spirito di semplicità e a quel fare spedito onde queste leggi sono animate. Ma potrà rispondersi: che non si tratta di còmpito amministrativo; che il tribunale non è chiamato a surrogare funzioni di questo genere non esercitate dalla direzione sociale; che i magistrati giudiziari decidono dei fatti consensuali, non creano i consensi. L'argomentazione è forse vaga o prova troppo; e la stessa ricerca sembra stringersi in questo, quale sia il procedimento più facile e pronto, senza mancare alla regolarità. Quando la procedura non è assegnata a certe specialità di giudizi che possono anche appellarsi straordinari, intesone lo scopo, è d'uopo ricorrere a quel regolamento processuale che è più generale e comprensivo; e sfuggendo ancora la traccia, a quelle analogie che meglio corrispondono allo scopo medesimo.

Ora io credo che questa procedura dovrà formarsi di vari elementi; e quanto alla introduzione doversi, generalmente parlando (1), seguire le norme degli articoli 779, 780, 781 della procedura civile (2). I petenti amministratori non hanno realmente di fronte dei contraddittori, se al loro invito molti non hanno risposto: lo chiamai *dissenso*, ma in quanto alla convocazione; in questo caso adunque per prima cosa *si presenterà ricorso alla cancelleria dell'autorità giudiziaria competente coi documenti relativi* (3). I documenti devono attestare le qualità delle persone che si propongono alla operazione gravissima dello stralcio, e la convenienza di nominarle. Il Tribunale in Camera di Consiglio, sentite anche le informazioni che reputa opportune, fa la nomina relativa.

Il decreto è suscettibile di opposizione. Entriamo in una nuova fase, e bisogna consultare altre disposizioni.

Qui abbiamo il chiaro tenore dell'art. 168, capoverso ultimo. « L'atto di nomina dev'essere depositato, trascritto, affisso e pubblicato a norma degli articoli 158 e 161 » (Codice di commercio). Il diritto di opposizione, per qualunque dei soci, è sempre aperto. La legge non ha avuto mestieri di dichiararlo, essendo naturale conseguenza del primo capoverso di questo medesimo articolo. Questo diritto di opposizione non potrà esercitarsi che nelle vie giudiziarie; e allora siamo ricondotti alle condizioni ordinarie di tutti i giudizi. Gli amministratori che provocarono la nomina degli incaricati allo stralcio, sono citati dagli opponenti avanti lo stesso Tribunale di commercio, avendo questo giudizio qualche attinenza elementare coll'*opposizione di terzo* (4). L'opponente addurrà i motivi come in ogni citazione: fra i motivi potranno essere l'incapacità, la improbità dei nominati, o tali interessi che siano incompatibili con quella funzione.

La qualità di socio non è necessaria; titolo che trae i suoi rapporti giuridici dal passato ma non ha valore d'attualità (5). Anzi talvolta un interesse molto vivo e prominente consiglia ad allontanare uno stralciario che potrebbe fare gli affari propri più che quelli degli altri. Qualche autorevole scrittore crede potersi domandare una cauzione (6): non tutti convengono in questa idea, se pure durante l'operazione la misura non fosse in certa guisa richiesta dalla cattiva condotta o da un decadimento di fortuna di quel deputato (ALAUZET, n° 279). Neppure io concedo volontieri ai giudici la podestà d'imporre condizione sì gravante alla nomina, non porgendone la legge verun argomento. Il meglio è non affidare lo incarico a persone che non siano superiori ad ogni sospetto.

Checchessia di questo, aprendosi un giudizio, è da credere che il tribunale non resterà molto esitante sull'escludere una persona fortemente attaccata dalla opposizione, la quale, comunque poco fondata, sarebbe segno di grande sfiducia.

Se le sopra indicate prescrizioni del capoverso ultimo dell'articolo 168 non fossero os-

(1) Darò in appresso la ragione di questa clausola.

(2) Il pubblico Ministero *non è sentito*: neppure esistendo soci di minor età (articolo 157 della procedura civile).

(3) *Autorità giudiziaria* — spiegai — *tribunale di commercio*. La competenza locale è fissata nell'articolo 96 del Codice di procedura civile.

(4) Questa proposizione vuole intendersi in lato senso. Qui precisamente non ha altro rapporto che quello di non doversi appellare dal decreto che non costituisce gravame, inerendo al disposto dell'articolo 511.

(5) POTHIER, *Des sociétés*, num. 172; TROPLONG, num. 1032; HOSSON, pag. 93; ALAUZET, *Comment.*, num. 294.

(6) PARDESSUS, *Droit commercial*, n° 1074.

servate, quale sarebbe la conseguenza? Che gli incaricati allo stralcio non potrebbero entrare in funzione, non essendo ancora legittimato il loro esercizio.

Articolo 169.

Gli incaricati dello stralcio devono procedere immediatamente alla formazione di un esatto bilancio contenente lo stato attivo e passivo della società; sono depositari dei libri, delle scritture e carte sociali.

Essi devono tenere un esatto registro, nel quale descriveranno per ordine di data tutte le operazioni relative allo stralcio.

Devono informare i soci, se questi lo domandano, dello stato e del modo di esecuzione dello stralcio, e devono sempre tenere in corrente la scrittura ostensibile a tutti.

Articolo 170.

Gli incaricati dello stralcio non possono fare veruna nuova operazione di commercio, ma bensì eseguire e compiere soltanto quelle relative alla liquidazione della società.

Essi non possono pagare ai soci veruna somma sulla quota che potrà loro spettare, finchè non siano pagati i creditori della società.

Non possono compromettere nè transigere, se non sono stati autorizzati nell'atto di nomina o con atto separato.

574. *Introduzione. Veduta generale dei poteri del liquidatore.*
575. *Esame speciale.*
 a) *Della rappresentanza giudiziaria degl'incaricati allo stralcio.*
 b) *Come sia diversa da quella di un mandatario* ad lites; *e nulla differisca o il liquidatore sia convenzionale o giudiziale.*
 c) *Se i terzi abbiano facoltà di deviare da tale rappresentanza, rivolgendo le loro azioni contro i soci debitori.*
 d) *Delle facoltà giudiziarie pertinenti ai soci medesimi.*
 e) *Se al socio avente particolare interesse nella causa competa opposizione di terzo.*
576. *Gl'incaricati allo stralcio non possono compromettere nè transigere senza speciale autorizzazione.* Quid *se l'oggetto della transazione è di piccol conto, e il caso sia pressante?*
577. *Della forma e qualità dell'atto di autorizzazione.*
 Se i soci mantengano la loro facoltà di autorizzare i liquidatori ai suddetti effetti anche dopo la nomina fatta dal tribunale.
 Se i liquidatori giudiziari abbiano dall'autorità da cui ricevono l'uffizio, il potere di transigere; o se debbano riportare l'omologazione dal tribunale.
 Il compromesso non può mai essere imposto.
578. *Se gl'incaricati allo stralcio possano vendere gl'immobili della società, ipotecare e dare in pegno.*
579. *Se girare effetti commerciali, e prendere a prestito.*
580. *Regole direttive delle operazioni dello stralcio.*
581. *Di pagamenti eseguiti dal liquidatore in relazione e ad oggetto dello stralcio.*
582. *Partizione dell'asse sociale. Diverse ipotesi: quesiti e soluzioni.*
583. *Considerazione dell'elemento industriale nella liquidazione.*
584. *Questioni di prevalenza e privilegio nella distribuzione dell'asse sociale.*
585. *Diritti conseguenti dalle assegnazioni immobiliari. Delle ipoteche preesistenti alla divisione. Logica del sistema antico; utilità del moderno.*
586. *Come possano avere applicazione, rispetto alle divisioni sociali, i principii dedotti dagli articoli* 1034 *e* 1736 *del Codice civile.*
 Dottrine francesi concordi nel punto che la data dell'assegnazione immobiliare debba retrotrarsi a un punto qualunque; ma in qual punto, non convengono.

Digitized by Google

587. *Nuova e diversa teoria che noi proponiamo. L'assegnazione non deve riportarsi fuori della sua data naturale, con limite ad un solo caso.*
588. *Della garanzia reciproca che si devono gli assegnatari.*
589. *Delle cose indivisibili.*

574. Gl'incaricati allo stralcio sono mandatari dei soci (che nello stato presente di cose non è improprio chiamare *comunisti*) e non *della società*, eccettochè non siano stati originariamente nominati nell'atto sociale, ovvero dall'assemblea autorizzata nello stesso atto sociale. Mandatari per ciò che riguarda la sorgente dei loro poteri (1), hanno insieme delle attribuzioni peculiari e specialissime all'ufficio di cui sono investiti. Il potere dell'amministrazione che in essi è principale, oltrepassa la sfera ordinaria onde proporzionarsi ai bisogni di questa operazione definitiva.

L'articolo 179 ha detto, in termini generali ed esatti, essere della missione degli incaricati allo stralcio — *eseguire e compiere quelle operazioni che sono relative alla liquidazione della società.* Portare a fine le operazioni incominciate; fare i pagamenti, le consegne delle mercatanzie; adempiere agli obblighi assunti coll'onorata puntualità che la società stessa avrebbe adoperata nel fiore del suo esercizio; vendere e comprare, se occorra, sia per dar esecuzione a qualche precedente contratto, sia per agevolare qualche combinazione dello stralcio; riscuotere le somme dai debitori della società (2).

Ma giova esaminare partitamente le attribuzioni di codesti incaricati.

575. *a*) Come possono esigere le somme, così possono costringere giudizialmente i debitori a pagarle.

Gli incaricati dello stralcio rappresentano in giudizio *tutta la massa degl'interessati*, non i soci soltanto, nel senso che i vantaggi ch'egli ha la missione di procurare sono vantaggi comuni. L'interesse dei soci, come quelli dei creditori, si riassume nell'ufficio loro. La loro autorità è della specie più legittima, essendo tale che senz'essa non potrebbero gli stralciari compiere al loro incarico. Tale rappresentanza giudiziale non è scritta letteralmente nella legge, ma è nell'ordine logico il più categorico. Il gran corpo degl'interessati sarebbe disperso senza questo punto d'unione. Tutte le controversie ch'ebbero i loro germi e la loro ragione di essere nei rapporti sociali, vengono come a centralizzarsi nel processo di liquidazione. Non sono, si può dire, fuorchè episodi di questo processo finale. Del resto la formula dell'articolo 137 del Codice di procedura civile può estendersi facilmente a questa combinazione. Il suo concetto è comprensivo, abbraccia i casi similari; è una di quelle necessità dell'ordine che s'impone agli stessi legislatori. *Le liquidateur est la société elle-même*, ha detto un autore con perfetta aggiustatezza (Alauzet, n° 285).

b) È stanziato in una decisione (Corte d'Aix, 5 aprile 1832) che il liquidatore d'una società commerciale, *deputato per sentenza*, ha diritto e qualità per esercitare nel proprio e solo suo nome (nella sua qualità, s'intende) tutte le azioni della società. La massima non può ammettersi come perentoria ed esclusiva della rappresentanza giudiziale del liquidatore in ogni altro caso in cui la sua nomina fosse consensuale. Quanto l'origine dei suoi poteri è più diretta, più naturale, e meno contestabile, tanto più si afforza la legittimità della sua rappresentanza.

Nondimeno un breve commento che ha fatto il Dalloz (*Des sociétés*, n° 1052) intorno a quella decisione viene segnalando la distinzione che noi non sappiamo ammettere. Ecco il suo principio. Il volgare « nul en France « ne plaide par procureur excepté le roi » si applica ai mandatari legali, non ai convenzionali; quindi è che il mandatario legale piatisce col proprio nome e quasi *dominus litis*, se mal non intesi il concetto dell'autore, laddove il convenzionale esplica il nome dei suoi mandanti nel quale agisce. Per me questa distinzione (applicata almeno al caso presente) è più che una sottigliezza: è un errore.

Evidentemente il mandatario-amministratore ha qualità superiori a quella di semplice mandatario, benchè ne mantenga i rapporti a certi effetti (3). La procedura pontificia che noi abbiamo avuto il gran torto di non consultare

(1) Al seguente articolo 171 vedremo se la deputazione giudiziale alteri cotale rapporto colle persone dei soci.

(2) Se un debitore avesse pagato ad un socio anzichè in mano del liquidatore, essendo già pubblicata la sua nomina, il pagamento potrebb'esser dichiarato non liberatorio (Troplong, num. 1041; Malpeyre e Jourdain, pag. 337).

(3) Vedi le osservazioni all'articolo che segue.

Digitized by Google

foggiando i nostri nuovi o vecchi sistemi, scriveva nel § 471: « Non si potrà introdurre alcuna domanda a nome di un agente o mandatario generale. Questa disposizione non comprende coloro che debbono assistere e rappresentare in giudizio le persone o corpi enunciati nel § 469 ». Questo rappresentante è qualcosa più che di un *procureur*, mediante il quale niuno litiga eccetto il re. Se il rappresentante di un corpo è stato elevato a tale dignità dal voto dei singoli, costituente un vero mandato, una volta eletto, la sua nomina può essere irrevocabile (1); in ogni modo egli riveste una qualità che proviene dalla natura del corpo del quale i suoi mandanti erano membri, e dall'oggetto della funzione; qualità che i mandanti non gli avrebbero conferita, considerati fuori del cerchio di quel nesso comune. In questo caso l'eletto non avrebbe ricevuto che un mandato *ad lites*, senz'autorità di agire giudizialmente in proprio nome; onde è che i contrari non rivolgono le loro azioni contro il mandatario, comunque legittimo; ma devono citare le parti personalmente. All'incontro il rappresentante di un corpo morale agisce bensì nella sua qualità, ma in proprio nome; riassume in sè i diritti del corpo che rappresenta; cessato il giudizio, mantiene per altri giudizi e pei fatti avvenire la sua qualità abituale e sostanziale; e non può essere trascurato senza nullità da coloro che promuovono azioni contro il corpo morale.

Queste osservazioni dimostrano la levità e quindi il pericolo del teorema di DALLOZ; e il falso concetto che tende a introdurre nella giurisprudenza giudiziaria. Niun dubbio che gli incaricati allo stralcio rappresentino la *società in liquidazione*, e di tale autorità siano rivestiti.

Stabilita la rappresentanza, ne consegue, che le sentenze pronunciate contro gli amministratori della società in liquidazione (*alias* incaricati dello stralcio) si hanno per pronunciate contro i soci singolarmente; fanno stato contro di essi; sono eseguibili sul patrimonio della società.

c) Ma questo modo di esercitare le azioni è forse obbligatorio pei terzi? Non potranno, volendo, percuotere singolarmente i soci loro debitori?

Così ritenne una sentenza della Corte di Bordeaux, del 10 agosto 1841 (DALLOZ, n° 1044). Un'altra decisione di quella Corte, dell'8 febbraio 1840 (DALLOZ, n° 1047), giudicò valido il sequestro eseguito nelle mani di un terzo dal creditore personale di un socio, essendo la società in istato di liquidazione. Respinse le eccezioni del liquidatore, il quale sosteneva che tale esecuzione intralciando le operazioni, non era tollerabile, e doveva annullarsi, mentre il sequestro non poteva farsi che direttamente in mano sua.

Bisogna distinguere. Le liti che s'istituiscono contro la società, ente collettivo (2), per affari che non possono riguardarla che sotto questo aspetto, devono dirigersi contro gli amministratori dello stralcio. Se il gerente, quando la società era nel suo momento di attività, fece un contratto colla ditta *B. C.* di Trieste, obbligandosi di consegnare in quel porto cento casse di zucchero al fine di ottobre, mentre ai primi del mese la società venne alla liquidazione, non potrà la ditta *B. C.* di Trieste chiedere ragione del fatto a questo o quel socio in particolare; ma è tenuta di citare gli amministratori dello stralcio. E così pure se il gerente della società avesse già sottoscritte o girate delle cambiali che venissero a scadenza nel tempo della liquidazione. In breve, tutte le obbligazioni assunte *in nome sociale*, si esigono non dai singoli, ma dai rappresentanti della società, come se questa esercisse attivamente, nè più nè meno. Giusta le indicate decisioni, trattavasi, come si vede in fatto, di creditori personali di un socio i quali possono effettuare dei sequestri così sopra i crediti di lui incorporati nella società, come sopra somme esistenti presso terzi. Questo modo di esercitare il proprio diritto mostra chiaramente, che la società non è considerata quale debitrice diretta, ma soltanto quale debitrice del debitore: in una parola, è una persona distinta da quella del debitore; è un sequestratario.

Pertanto amendue le decisioni sono irreprensibili. Se il sequestro era fatto in mano ad un terzo, il liquidatore non aveva a dolersene.

d) Veduto come sia legittima la rappresentanza giudiziale dell'*incaricato dello stralcio*, e quando i creditori possano rivolgersi contro le persone dei soci direttamente, resta a far qualche cenno intorno alle facoltà giudiziarie dei soci medesimi.

La tutela o amministrazione degl'incapaci si differenzia da quella dei corpi morali, spe-

(1) Al suddetto articolo.
(2) Al num. 370 si è mostrato che l'*ente collettivo* sussiste anche nel periodo della liquidazione.

Digitized by Google

cialmente se composti d'individui personalmente interessati: la prima è assorbente; non così la seconda, potendo in qualche giudizio gl'interessi individuali emergere ed apparire distinti. Allora può nascere un vero antagonismo fra il socio e l'amministrazione; o soltanto l'interesse del socio può essere colpito in un modo particolare, ed esigere una difesa personale oltre quella dell'amministratore. Nella prima ipotesi, gl'interessi si combattono; l'individuo propugna i suoi diritti personali; l'amministratore è ancora la società che s'incarna nella sua rappresentanza. La lite è fra il socio e la società. Nella ipotesi seconda, il socio può intervenire in causa per aggiungere difese a difese; o sostenere qualche punto speciale a lui proprio (1).

c) Al socio che ha un particolare interesse nella causa, compete la *opposizione di terzo?*

Sentiamo Bédarride. Dalla facoltà che hanno i liquidatori (2) di esercitare nel solo loro nome tutte le azioni della società, conclude: « que les jugements rendus contre lui sont « opposables aux associés, *qui ne peuvent les « frapper de tierce opposition* » (3).

La proposizione è vera, purchè non si prenda in modo assoluto. È vera se non vi ha contrarietà d'interessi (4). Ogni rappresentanza legittima contiene virtualmente e di sua ragione i rappresentati, onde sorge un concetto identico. Aggiungo, che non sarebbe altrimenti qualora taluno dei soci professasse nella questione un interesse particolare ma non contrario, almeno *actu* (5); nel qual caso egli ha due mezzi di difesa proprii della sua situazione: 1° intervenire in causa, e lo dissi; 2° appellare dalla sentenza, come emanata anche contro di lui.

La proposizione dell'illustre autore non è vera qualvolta sia decisamente spiegata la contrarietà degl'interessi fra la società ed il socio. Allora vi è incompatibilità di rappresentanza. È ben chiaro, che se il socio di cui parliamo venne chiamato a quel giudizio, la opposizione *di terzo* non gli appartiene. Ma può non essere stato chiamato. Fingiamo la seguente ipotesi. *A.* e *B.* erano gerenti nella società attiva; hanno fatto delle operazioni insieme; e dai conti dello stralcio apparirebbe che sono in debito di lire 20,000 verso la società. Il rappresentante della società ha citato *A.* al pagamento di quella somma: gli è bastato, riputando i due ex-gerenti solidalmente tenuti. Ma evidente è in *B.* l'interesse di far cadere la pretesa: non fu citato: si pronuncia sentenza di condanna contro *A.*; e *B.* è nel suo diritto *facendo opposizione di terzo.*

---

576. Se nelle naturali, per così chiamarle, facoltà degl'incaricati allo stralcio sia pur quella di *compromettere* e *transigere*, gli organi più autorevoli della scienza non furono concordi. « Le liquidateur est investi du droit « de transiger, de compromettre, de choisir « des arbitres, de même que la société eût pu « la faire par ses gérents. On ne peut croir « qu'en prénant des mesures pour effectuer « leur liquidation, les associés aient entendu « ou voulu qu'elle ne pût jamais être faite par

(1) *Esempio della prima ipotesi.* I membri che furono del Consiglio di sorveglianza sono ritenuti responsabili di false dichiarazioni sul capitale che attestarono entrato nella società (V. *Journal du Palais*, anno 1864, pag. 730). La società rappresentata dall'amministratore dello stralcio, muove il giudizio contro di essi. Nulla di più frequente che quel rappresentante debba costringere gli azionisti ritardatari a versare le loro quote (Cassazione francese, 28 febbraio 1841, 30 luglio 1851, 28 maggio 1853 (*Journal du Palais*, 1853, tom. II, pag. 66).

Esempio della seconda. Tizio, commerciante, cita l'amministratore dello stralcio perchè gli siano pagate 30,000 lire che l'ex-gerente della società gli aveva promesse a certe condizioni che pretende verificate. La società ha tutto l'interesse di respingere la domanda che reputa ingiusta. Nonostante l'ex-gerente, che potrebb'esser responsabile delle conseguenze, ed anche perchè trattasi di un fatto personale ch'egli può meglio d'ogni altro giustificare, domanda il proprio intervento in causa, che non gli può esser negato.

(2) Deputati *giudizialmente*, egli dice; ma crediamo di aver dimostrato che tale restrizione è un errore.

(3) V. l'art. 516 e seguenti del Codice di procedura civile, e il nostro commentario a quegli articoli.

(4) La qualità di socio (trovasi in una decisione della Corte di cassazione francese del 6 frimaio, anno XIV) non impedisce il liquidatore di trattare colla società in una qualità diversa ed opposta; e in questo diverso interesse emettere quietanze in proprio nome particolare.

(5) Mi spiego, tornando all'esempio sopra proposto (nota, parte seconda). L'ex-gerente ha un interesse particolare onde sia respinta la istanza del preteso creditore, prevedendo le conseguenze che potrebbero tornare a personale suo danno. Se la società, rappresentata dallo stralciario, non esercita le azioni di rivalsa che supponiamo competerle, *actualiter*, non vi ha opposizione, ma conformità di interessi. Altro sarebbe se l'azione di rivalsa fosse intentata.

Digitized by Google

« les voix aimables. Les arrangements, tels « qu'il soient, intervenus entre le liquidateur « et les tiers, sur des matières qui étaint « l'objet de la liquidation, obligent donc les « intéressés, *dès qu'ils n'excèdent pas les pou-* « *voirs qui des gérentes auraint eus à cet égard* « *pendant que la société existait* » (PARDESSUS, *Droit commercial*, n° 1075). Così pensarono HORSON e VINCENS, appellando agli usi del commercio. I più recenti scrittori si manifestano in senso contrario (1).

È inutile prolungare questo esame storico di fronte alla disposizione letterale del comma secondo dell'articolo 170. Solo mi permetterei una facile distinzione che non enuncio per la prima volta. Bisogna convenire che quella legge non riscuote il plauso dei commercianti, e si elude assai volontieri. Vi è del pesante, del grave, del tempo da perdere. Dall'altra parte abbonda la prudenza, e le garanzie favoriscono tutti gli interessi legittimi. Non credo però la legge abbia voluto estendere il suo precetto ai fatti di piccol conto e a quelle tali differenze che possono comporsi senza uscire, mi esprimerò così, dal *bureau* dell'amministrazione. Sono soggetti nei quali si ammette la *parvità di materia*, col beneplacito dei moralisti. Ieri furono consegnate nei magazzini della compagnia dieci rubbia di grano comprato prima dello stato di liquidazione. Il grano si trova umido, non bene condizionato, come dicono; ciò forma qualche differenza di prezzo, ma il tutto insieme non ammonta che a qualche cinquantina di lire. Si disputa un poco; fra le querele e le scuse si dibatte il negozio: è per rompere una lite; persona intendente si frappone e mostra il dubbio. L'affare è accomodato con lieve sagrifizio. Ce ne sono più tenui ancora e più pressanti. Scade una accettazione del passato gerente, il liquidatore si affretta a pagarla. La moneta che offre trova contrasto perchè, supponiamo, è prossima all'abolizione. Si viene a concordia: la moneta è ricevuta con un piccolo aggio. Il liquidatore ha fatto bene a cavarsi da questi impicci, e troncar subito questioni che, ora impercettibili, portate in giudizio avrebbero imitata la macchia dell'olio. Chi mai non vorrà persuadersi che in sì piccioli affari la facoltà di transigere, cogliendo un buon momento che forse non torna, non sia implicita nelle facoltà del liquidatore? Senza ciò, ognun vede che la nuova legge ci avrebbe fatto un cattivo servizio.

La formola sarebbe che *leviores transactiones ad administrationem pertinent* (2).

577. È dunque necessario *agli incaricati dello stralcio per compromettere o transigere*, essere autorizzati. Per quale atto? Per quello onde fu costituita la società e vennero nominati *nunc pro tunc* gli stralciari colle facoltà opportune. Ma può farsi altresì *per atto separato*, dice l'articolo 170. È sufficiente facoltà quella che è accordata *preventivamente ed in genere ad ogni fatto transigibile o deve accordarsi facoltà speciale?* L'atto autorante può anche aver luogo *dopo la cessazione della società? Quale sarà la forma dell'atto?*

Risposte. La facoltà generica è sempre sufficiente e abbraccia tutti gli affari. Cessata la società e aperto il periodo della liquidazione, i soci sono ancora nel pieno esercizio dei loro diritti, per quanto riguarda le persone da incaricarsi e le attribuzioni che saranno loro deferite.

Qui mi arresto per dare uno schiarimento che risale all'articolo 168. Nelle prime due parti di esso articolo si fa una distinzione ben rilevante fra *l'atto sociale* in cui può determinarsi *il modo della liquidazione e della divisione dell'asse sociale;* e l'atto posteriore alla cessazione della società nel quale la facoltà dei soci è limitata *alla nomina degl'incaricati allo stralcio*. Dichiarando il nostro art. 170 che la facoltà di compromettere e transigere può risultare *sì dall'atto di nomina che da atto separato*, e la nomina potendo farsi anche cessata la società, con ciò è dimostrato che ivi pure può essere accordata quella speciale facoltà *agli incaricati;* anzi può farsi eziandio per atto successivo, come or ora diremo. Ma la volontà dei soci così tardivamente espressa, non è efficace per attribuire agli incaricati medesimi tali facoltà per le quali venissero a cangiarsi o alterarsi i canoni della liquidazione stabiliti in questo complesso di leggi. E ciò per fortissima ragione. Quando la società è pervenuta allo estremo limite del suo sviluppo, vi è già una massa d'interessati che sono i terzi contraenti e creditori della società, ai quali (non disponendo altrimenti l'atto costitutivo portato a loro cognizione), ai quali, dicevo, è acquisito il diritto del processo legale; essi contrattarono in questa fede, e più

(1) MALPEYRE e JOURDAIN, num. 528; PERSIL, pag. 564 e 565; TROPLONG, *Des sociétés*, num. 1023; BÉDARRIDE, num. 489; DALLOZ, *Répert.*, v° *Société*, num. 1060, ecc.
(2) Vedi i num. 416 e 417.

non è nel potere dei soci di creare ordini novelli nel proprio loro interesse (1).

Rientrando adunque nell'argomento, dico che, *exacta societate*, possono i soci nell'atto di nomina conferire agli stralciari la facoltà di transigere e di compromettere, o la stessa facoltà conferire se fossero stati regolarmente nominati innanzi senza tale facoltà. Ma non potersi in altro modo che con quello con cui può farsi la nomina, cioè *alla unanimità dei soci*.

E facendosi *in atto separato*, contemporaneo o no (2), l'autorizzazione dovrà similmente esser concessa col voto di tutti. Quindi se i soci si riunissero a questo effetto, non potrebbero deliberare alla maggioranza, posto anche tutti e singoli i soci intervenissero.

Tanto più che, dopo un certo tempo, non avendo i soci nominato, il tribunale avrà fatta la sua nomina, e data questa combinazione del tutto regolare, due altri quesiti si presentano: 1° *Nominati dal tribunale gl'incaricati allo stralcio, è tuttavia in facoltà dei soci di loro attribuire il potere di compromettere e di transigere?* 2° *Gl'incaricati in forma giudiziale hanno essi per virtù della loro nomina siffatte attribuzioni; o in qual modo la transazione da essi fatta, o il compromesso istaurato*, possono ricevere autorizzazione e conferma legittima?

Sul primo quesito.

Esso ne involve un altro che ha ragione di priorità. Deputati dal Tribunale di commercio gl'incaricati allo stralcio, i soci possono, a voti unanimi, surrogare i deputati giudiziali, altri nominandone a loro grado?

Questa facoltà io l'ammetto mentre i deputati giudiziari hanno causa supplementare; e tuttavia non posso ammetterla senza prudenti riserve. Inoltrata già la liquidazione, dopo un certo corso di atti e di operazioni, quando insomma la nuova nomina fosse per ogni verso intempestiva, non meriterebbe di esser accolta.

Altro è che il consenso degl'interessati sia efficace per risolvere la nomina giudiziaria che non ebbe altro scopo che di provvedere al loro interesse; ed altro è donare qualità e attributi *subjecto deficiente;* rivestirne cioè il deputato giudiziario che non è una creazione dei medesimi soci.

Per ciò che riguarda l'autorità del tribunale, esso non fa che nominare i liquidatori (3); nè può investirli *a parte ante* della facoltà di transigere o compromettere. Resta a vedere come si debba procedere quando, pendente il processo di liquidazione, sia d'uopo venire ad uno di tali atti.

Primieramente è certo, che la universalità dei soci non è mai esautorata e può approvare la transazione, o autorizzare i liquidatori ad eseguirla: che è ben diverso dal conferire attributi generici, e pei casi avvenire, a un deputato giudiziario. Quindi gli incaricati allo stralcio devono interpellare i soci con avvisi (non pubblici) (4) diretti al loro domicilio, se non fosse costituito a simili effetti un domicilio elettivo e comune che sarebbe cosa eccellente. Ma fuori della ipotesi, non facile a realizzarsi nel gran numero, di un consenso unanime per accettare un progetto di transazione, è forse sufficiente che il tribunale, per istanza degli stessi liquidatori, approvi e omologhi il fatto loro?

Sarà motivo di dubitare, che se i liquidatori non hanno il potere di transigere, l'autorità giudiziaria non può ad essi conferire un tale potere; che i tribunali dichiarano i diritti, non impongono delle contrattazioni; che non si transige per altrui impero; che se talvolta i tribunali hanno la missione di autorizzare transazioni, che in altro modo non sariano valide (articolo 316 del Codice di procedura civile), ciò procede, non perchè la capacità mancasse in coloro che in sostanza hanno transatto (5), ma perchè così richiede l'interesse gènerale e per motivi d'ordine pubblico.

Sono riflessioni gravi; nondimeno, mosso io pur sempre da quell'altro interesse (eppure non diverso nel fine remoto) che concerne il

(1) Se per esempio si credesse di poter dispensare gli stralciari dai vari obblighi loro imposti negli articoli 169 e 170, non si potrebbe; e così non si potrebbe sostituire altro sistema di liquidazione a quello stabilito dalla legge.

(2) Atto *separato* è sempre quello che si fa in un altro tempo; e si dice *contemporaneo* solo in quanto è di *tempo prossimo*.

(3) Può nominarsene anche un solo e con limite di tempo e con indennizzo (Troplong, *Des sociétés*, num. 1037, 1038 e 1039).

(4) In verità sarebbe strano inserire nelle gazzette un progetto di transazione: d'ordinario ciò basterebbe per mandarla a vuoto.

(5) Il tribunale civile omologa anche le transazioni e i compromessi del tutore (articolo 301 del Codice civile); ma il tutore era già stato autorizzato dal Consiglio di famiglia: era abile, e la sanzione del tribunale non rappresenta che il complemento di quella serie di formalità che sono istituite nell'interesse dei minori, che è pure l'interesse *rei publicæ*.

commercio, che ha bisogno di rapide soluzioni e di sfuggire alle spesso inutili lentezze dei metodi ordinari, tengo avviso, che le transazioni dei liquidatori, sancite dal Tribunale di commercio, siano valide ed operative.

È nell'indole di tutte le deputazioni giudiziarie che i fatti loro siano riveduti, sindacati, dall'Autorità da cui ricevono il loro uffizio; e per conseguente qualvolta siano approvati, denno aver sussistenza e vigore. Rispondo agli obbietti con una avvertenza generale che tocca allo spirito della istituzione. Non concorrendo il consenso individuale, la legge sente che il suo dovere si limita ad assicurarsi della bontà della transazione onde sia tale che i soci non potrebbero ragionevolmente negarle il consenso. Non si occupa adunque del consenso effettivo, se non può ottenersi; le basta di meritarlo. Così si provvede sapientemente ad una vera necessità sociale. Forse che per esserci dei liquidatori giudiziari, non autorizzati, non si potranno più far transazioni? Le liti saranno dunque obbligatorie? Il tribunale non conferisce il potere di transigere ai liquidatori; anzi trova che non ne hanno dei sufficienti, e perciò revoca l'affare al proprio esame, e non permette che la transazione proposta dai liquidatori abbia effetto se non da lui approvata. E così opera autorevolmente nell'interesse pubblico, e fa il bene anche di coloro che non l'intendono: la qual cosa fortunatamente non è rara nel mondo.

Quindi, poichè noi ci troviamo al solito in terreno senza traccia, la procedura quando non si ha, bisogna farsela; e diremo che firmata la transazione dagli incaricati dello stralcio (1) e da quelli dell'opposta parte che abbiano la dovuta capacità, restando ancora in istato di progetto, si presenta al tribunale in Camera di Consiglio per la sua omologazione.

Che diremo dei compromessi?

Qui l'ordine delle idee è al tutto diverso. Favorire i mezzi per evitare o comporre le liti, è un dovere del legislatore, così soddisfacendo a un vero bisogno sociale; ma fin quando vi sarà una giustizia regolare amministrata dai tribunali, il compromesso potrà essere un diritto, una libertà, una comodità, non sarà mai una pubblica necessità, per servire alla quale sia mestieri accordare facoltà straordinarie agli stessi tribunali onde imporre ai cittadini una giurisdizione essenzialmente volontaria. Se i liquidatori non ebbero dalla spontaneità dei soci la facoltà di ordinare dei compromessi, da niun'altra sorgente potranno attingerla.

—

578. Gli incaricati allo stralcio possono vendere gli immobili della società? Ipotecare? Dare a pegno?

Nulla più consono allo scopo della liquidazione che vendere gli stabili del comune patrimonio; ma toltane facoltà speciale, la vendita deve effettuarsi nelle forme giudiziali (2). Ai liquidatori è interdetta l'alienazione contrattuale (Cassazione francese, 2 giugno 1836). E facendo l'alienazione in tal modo, non è valevole che per quella parte che il socio liquidatore tenesse in proprietà (Cassazione, 3 agosto 1819). A questo principio si è portata una ragionevole limitazione ove si trattasse di società avente per proprio oggetto la compra e rivendita d'immobili, tenendosi in questa specialità, che il liquidatore possa vendere di mano in mano e secondo buone occasioni gli immobili senza formalità, continuando l'esercizio di cui era investito il passato gerente (Malpeyre e Jourdain, pag. 330; Dalloz, *Répertoire*, v° *Société*, n° 1031).

Un'altra limitazione che sembra dello stesso colore, sorge dal fatto, che l'attuale stralciario sia quello stesso che fu amministratore della società esercente; il quale avendo, come si suppone, il potere di alienare gli immobili senza formalità di giudizio, si reputa nel passaggio alla nuova funzione conservare lo stesso potere (Bédarride, n° 498). Io ammetto questa regola, ma solo nel caso che il liquidatore sia stato nominato dai soci. Benchè non ripetuta la facoltà, ha per mantenuta dallo stesso volere dei soci; perchè in ogni cosa la continuazione, anzichè la novazione, si presume assai facilmente. Altra è la mia opinione ove la nomina sia giudiziale. Gli interessati che non provvidero nello statuto sociale; che abbandonano l'esercizio del loro diritto elettorale nel momento opportuno, non porgono argomento a ritenere continuato il precedente ordine di cose.

Se il liquidatore tenga dall'ufficio suo podestà d'ipotecare gl'immobili, o gli occorra au-

(1) Si capisce che l'oggetto non può aggirarsi che sugli affari della liquidazione.

(2) Bédarride, num. 497. S'intende parlare delle forme comuni e non di quelle particolari ai minori se ve ne fossero. Così nella sentenza pronunciata dalla Corte di Torino nel 3 maggio 1861 (Collezione Caveri, 1861, t. II, p. 312). Le forme da seguire sono quelle statuite e richiamate dall'articolo 886 della procedura civile.

ed by Google

torizzazione espressa, siamo per vedere ai prossimi numeri. Non è dubbia la podestà di dare in pegno i mobili, pari a quella di venderli (Cassazione francese, 5 marzo 1850, *Journal du Palais*, tom. I, pag. 167) (1).

—

579. Gli incaricati dello stralcio possono creare nuove accettazioni, girare effetti commerciali, e prendere a prestito?

Cotali operazioni sono considerate della stessa natura, e perciò soggette alle stesse regole. Soscrivere effetti commerciali, si dice, o girarli, è procacciarsi il danaro che manca; è prendere a prestito (TROPLONG, n° 1012). FREMÉRY aveva abbracciata prima di lui la stessa idea. Negoziare un effetto di commercio per realizzarne il valore, equivale, diceva questo autore, *al prender a mutuo* sulla propria firma e su quella di cui è munito l'effetto commerciabile. In sostanza *aumenta la massa delle obbligazioni sociali*, il che ai liquidatori è interdetto allora persino che venuta la scadenza di debiti in corso manchi il mezzo di soddisfarli. Il liquidatore in faccia a questo emergente non deve far altro che ammonire i soci debitori (2) onde avvisino ai modi di soddisfare il debito. HORSON è del medesimo avviso (3), ed aggiunge che il sistema contrario sarebbe assai pericoloso per le frodi che lo stesso liquidatore potrebbe introdurre nel giro e rigiro di effetti commerciali (4).

La giurisprudenza è concorde nel negare al liquidatore la facoltà implicita di prendere danari a mutuo, e di accordare ipoteche sugli stabili. Ciò sarebbe contrariare, si dice, lo scopo della liquidazione. In realtà si farebbero affari nuovi; nuove obbligazioni; si ricomincierebbe una gestione, e non si sa quando avrebbe termine (5). Quanto al portare sulla stessa linea l'obbligazione del mutuo e la formazione e giro di effetti commerciali, è qui la discordia delle opinioni.

Fu più volte deciso che i liquidatori hanno dal loro ufficio la facoltà di usare dei mezzi famigliari al commercio per congruo regolamento degli affari in liquidazione, facendo tratte e girando cambiali (6).

La pratica dei giudizi è mitigatrice prudente dei rigori, che talvolta possono chiamarsi asprezze, della dottrina; quando la dottrina è messa in azione, allora vediamo cosa vale, o come si modifica. Le indicate decisioni ne avevano fatta la esperienza: si era appreso che le operazioni di quel genere, che da lontano fanno un certo effetto, più dappresso risultavano innocue, ed anche parevano consigliate da una buona amministrazione. BÉDARRIDE è il più forte e deciso oppugnatore del sistema esclusivo. Se l'abuso vi sgomenta, egli dice, badate che i liquidatori possono abusare di tutto, maneggiando in lungo e in largo tutte le sostanze di cui sono in possesso. A loro è confidato il portafoglio, come ogni altra cosa; e gli effetti di portafoglio come si realizzano senza negoziarli? Le somme non avranno forse un impiego immediato; ma non tarderà il bisogno e la occasione di applicarlo. Ma è poi vero che la negoziazione anticipata *costituisca un prestito?* Ciò che caratterizza il prestito si è che la somma ricevuta deve restituirsi; invece nella negoziazione di effetti di portafoglio l'obbligo non è che condizionale; se il debitore paga, tutto è finito; è soltanto al difetto di pagamento che si dovrà riparare. In diritto, la negoziazione di un effetto commerciale è un mandato commesso ad un terzo per riscuoter somme che a noi sono dovute; nè si vede come il liquidatore non possa fare per mandatario ciò che potrebbe direttamente.

Il liquidatore con tale operazione esercita un diritto del suo ufficio: meglio ancora; compie un dovere. È il suo primo dovere realizzare l'attivo e soddisfare le obbligazioni della società. A tal fine sono disponibili in mano sua tutte le risorse sociali, senza distinzione. Perchè non potrebbe servirsi dei valori di portafoglio a questo medesimo scopo? Dovrà piuttosto lasciare i debiti insoluti e farne ricadere il peso sulla società che ha l'incarico di purgare da ogni imbarazzo?

(1) *Specialmente*, ivi è detto, se ciò è conseguenza di obbligo precedente. La decisione però ripiglia immediatamente, che se l'enunciato obbligo non sia perfetto (cioè valido), poco importa, mentre « le « nantissement pouvant prendre naissance *durant* « *la liquidation*, il suffit qu'il ait consenti par le « liquidateur ».

(2) E se fosse debitrice la stessa società?

(3) *Questions sur le Code de commerce*, §§ 9 e 11.

(4) Anche DALLOZ, *Répert.*, v° *Sociétés*, n° 1042.

(5) Il liquidatore che senza la necessaria autorizzazione prende a mutuo, non obbliga che se stesso (Cassazione francese, 3 agosto 1819).

(6) Rouen, 12 agosto 1845 e 26 agosto 1849 (*Journal du Palais*, 1850, part. II, pag. 3); Parigi, 29 agosto 1849 (DALLOZ, num. 1042).

E secondo la Cassazione francese, le tratte emesse dal socio liquidatore in suo nome personale, e non colla espressione della ragion sociale, possono obbligare i soci, se la operazione risulta eseguita e tornata nell'interesse dell'associazione (Decisione del 19 novembre 1855).

Digitized by Google

Si obbietta che i valori imborsati aumenteranno il passivo. L'autore nega questa conseguenza, dato che siano stati erogati nel pagamento dei debiti; se la tratta tornerà indietro per difetto, non si farà altro che valersi dei fondi già ricevuti per estinguerla.

È facile vedere gl'inconvenienti del sistema d'abbandono che i contrari consigliano. L'opera della liquidazione ne sarebbe perturbata, paralizzata. I creditori perseguono i soci personalmente; ma la esecuzione verrà a cadere sui fondi sociali. Disordine generale, e lo scopo proposto nel regolamento dello stralcio è ito in fumo.

Io accorcio l'argomentazione di Bédarride (1); si comprende tuttavia che a me resta dire ben poco. Concedo che gl'incaricati dello stralcio non hanno podestà propria per contrar prestiti e ipotecare i beni della società; operazioni che a ragione si parificano (2). Ora bisogna stabilire la vera differenza che va fra quello, e il girare un effetto di portafoglio o anche formarne un nuovo.

Rapporto alla girata, il discorso è semplice. Il valore è nel patrimonio, non realizzabile al momento, ma che niente vieta di realizzare anche tosto per mezzo di mandato, come si espresse Bédarride. La differenza è più sottile nell'altro aspetto, e procede piuttosto dalla forma, congiunta a certe ragioni particolari che sogliono determinare la formazione del nuovo recapito. Il prestito che suol farsi a tempo protratto, meglio si acconcia agli affari civili; in commercio le cambiali si fanno di consueto a tempo brevissimo, e chiunque sconti una tratta del liquidatore, vorrà ancora di più restringere il tempo, pensando le difficoltà che sarà per incontrare dopo lo stralcio. Una delle cause che più giustificano l'operazione, ella è l'urgenza di soddisfare qualche impegno sociale, laddove il ritardo potrebbe produrre le più gravi, le più disastrose conseguenze. Ma ognun vede che in siffatta materia non bisogna abbandonarsi del tutto alle teorie. Io disapprovo quella che confonde una simile operazione col prestito propriamente detto, e nega recisamente ai liquidatori la facoltà di creare una tratta. Ma pur anco la dottrina degli oppositori è troppo assoluta. Il fatto deciderà, decideranno i tribunali secondo le circostanze, se il liquidatore abbia operato con prudenza e con senno, e nel vero interesse dell'associazione. Se il bisogno esiste; se la somma risponde al bisogno; se prossime risorse furono calcolate per estinguere il debito; se infine la cosa passò regolarmente e senza danno, chi mai, colla teoria di Troplong, di Horson e di Dalloz, vorrebbe condannare questo fatto? (3).

—

580. È d'uopo occuparsi del lavoro dello stralcio. Valgano le regole seguenti.

Operazione preliminare e fondamentale è la formazione dello stato.

Oltre gli elementi reali e presenti (mobili, immobili, crediti, danari, ecc.), vi hanno i diritti verso i soci che concorrono ad accrescere la massa dell'attività, con un *redde rationem* generale.

a) « Ogni socio è debitore verso la società « di tutto ciò che ha promesso di conferirvi » (articolo 1709 del Codice civile). Quelli che non hanno pagata la loro quota sociale, saranno contenti di non differire più oltre il pagamento, cogl'interessi dal giorno della scadenza del debito (articolo 1710, ivi) (4).

---

(1) Nº 495, seguendo le traccie di Délangle, *Sociétés*, num. 600.

(2) Se non avessero altro lato di somiglianza vi ha questo: che il loro risultato è sempre quello di contrarre un nuovo debito, e ricever somme da restituire.

(3) È di tale importanza la discussione, che stimo utile riferire un tratto di una delle egregie decisioni della Corte di Rouen sopra indicate (in nota): « Attendu..... qu'on ne peut comprendre « comment un liquidateur pressé de solder une « dette due par l'ancienne société, pourrait, à fin « d'éviter en même temps des poursuivites onéreuses, et que aucune atteinte ne fût portée au « crédit de la maison sociale, se servit, pour éteindre la dette, des fonds provenant des prix des « marchandises ou *des sommes qu'il aurait* touches « directement des débiteurs, *et ne pourrait pas*, « *dans les mêmes circonstances*, *faire usage de papier en portafeuille* ». Dottrina che noi abbiamo razionalmente estesa, *eadem causa dictante*.

Mi piace aggiungere l'autorità del prof. Fantuzzi nel suo recente trattato sulle società: « Se esso è « senza danaro (il liquidatore), *ma è possessore di* « *cambiali*, potrà e dovrà estinguere i debiti col « negoziare e ridurre in danaro questi effetti, oppure col cederli agli stessi creditori. Altra strada « non può utilmente seguire » (pag. 122).

(4) *Salvo il risarcimento dei danni*, aggiunge lo stesso articolo. Il difetto di pagamento a tempo debito può aver recato il più grande pregiudizio agli affari sociali. Per non potersi giovare di quella somma, è sfuggito un grosso guadagno che si poteva fare approfittando di una certa occasione. Ma se la società non ha esercitate le sue azioni prima di questo tempo, io credo con Pardessus (nº 1077) che non potrà più farlo.

Digitized by Google

b) Le somme che un socio avrà estratte dalla cassa comune *per suo uso personale*, devono essere restituite coll'aggiunta degl'interessi (articolo 1710 suddetto); eccetto che non le abbia riscosse per convenzione risultante dall'atto sociale (1).

c) Devono pure rimettersi alla massa le somme esatte da debitori sociali, sebbene pagate al socio singolarmente come porzione sua propria.

Nel duplice aspetto della solidarietà attiva e passiva, i debitori hanno pagato validamente in mano al socio; ma il socio non può ritenere il versamento a proprio vantaggio, onde non essere in miglior condizione dei suoi confratelli. È delle regole più elementari di ogni società.

d) Se la quota di capitale conferita in società fosse stata restituita al socio immittente e in buona fede ricevuta, presentandosi in quello scorcio una attività esuberante, vera o creduta, deve restituirsi qualora dopo l'operazione del bilancio si riscontri una deficienza.

e) Il socio, che, sciolta la società, ha ricovrato il prezzo di mercanzie vendute, tuttochè l'incasso non superi la parte che potrà spettargli nella divisione, deve riportarlo alla massa.

f) Se il socio ha fatto dei profitti in *operazioni per conto proprio;* o in società aliena, contro il divieto degli articoli 115 e 116, deve dar conto di quel guadagno e versarne l'importo (2).

g) I fideiussori delle quote sociali che non furono pagate, o lo furono solo in parte, debbono prestarsi secondo la promessa (3).

h) Ciascuno deve portare il saldo del suo conto corrente colla società.

i) E così quelle differenze in debito che si avessero per la sostenuta gestione sociale.

581. Giova far memoria di una combinazione che quantunque abbia un carattere particolare, mostra come in alcuni casi si vengano risolvendo i fatti amministrativi in questo ultimo esito della società.

Un socio incaricato allo stralcio ha un debito con *C.* in suo particolare conto corrente. Verso lo stesso *C.* anche la società ha dei debiti che riteniamo pure in conto corrente. Il liquidatore allo scopo di venire agevolando lo stralcio (scopo da lui dichiarato), fa delle rimesse a *C.* Si domanda se quei pagamenti abbiano ad imputarsi nel credito di *C.* verso la persona del liquidatore, o in quello della società. Risposta della Cassazione (francese): che per la società, ed a soddisfacimento del suo debito, anzichè di quello che ha in proprio il liquidatore, debbano intendersi quei pagamenti da lui eseguiti. Il che vale una modificazione del principio che il debitore può imputare il pagamento *in causam duriorem* (Cassazione, 13 marzo 1854, *Journal du Pal.*, t. 1, p. 130). Ma la ragione di decidere fu nella intenzione, esternata, in un modo qualunque, dal pagatore.

Senza di ciò avrebbe dovuto prevalere un altro principio: quello esposto nell'art. 1712 del Codice civile e da noi spiegato altrove (V. il nostro n° 428), concorrendo però le seguenti circostanze: 1° che il liquidatore sia anche socio; 2° che abbia pagato con danari propri. Se non fosse socio e avesse pagato con danari propri, egli non avrebbe pagato che il proprio debito. Se con danari della società, niuna intenzione contraria potrebbe valere: quello che è stato soddisfatto è il debito sociale.

582. *Partizione dell'asse sociale.*

Messo insieme ed eretto il *monte* delle attività, la legge e la ragione impongono prima d'ogni altra cosa il pagamento dei debiti. Indi si viene ai *prelevamenti*, cioè agli assegnamenti anticipati sull'asse, che hanno ragione in titoli particolari, e possono distinguersi in due categorie: 1° di titoli che rappresentano debiti della società verso i soci; 2° di privilegi.

Primieramente la società è in debito di restituire i beni, mobili o immobili, che furono consegnati dal socio a mero godimento, ritenuta in esso lui la proprietà (V. i num. 486 e seg.). Queste cose si restituiscono in natura, esistendo; quindi lo stralciario suol metterle

(1) Quando diciamo per *uso personale*, si escludono: 1° le somme riservate a vantaggio della società; 2° quelle ricevute nei dividendi (articoli 121 e 141).

(2) Gl'incaricati dello stralcio hanno azione per costringerlo alla debita prestazione, come in generale per tutti coloro che devono adempiere obblighi relativi alla reintegrazione dell'asse sociale.

(3) Fingiamo questo caso. Tizio, socio, che doveva conferire un capitale di lire 20,000, ne pagò solo 10,000. Correndo la società, egli fu rimborsato di questa somma, essendo in quel tempo l'azienda in prospero stato. Indi venne in decadimento. Tizio si trova in debito delle lire 10,000 non versate; più, in debito di restituire le lire 10,000 che ha ritirate. Il fideiussore non è obbligato che per lire 10,000, cioè per quella parte che non fu mai versata; imperocchè l'altra ugual somma che deve restituirsi si chiede con un titolo diverso da quello della cauzione.

Digitized by Google

da parte come non pertinenti all'asse dividendo, e vera proprietà de' terzi. Che se furono confuse, trasformate, se ne detrae il valore; e come sia a calcolarsi, fu per noi esposto ai citati numeri.

Secondo, si esamina se siano a prelevarsi i capitali conferiti in ragione *di poste sociali*. A ciò si oppone che quei capitali divennero sino dalla loro immissione proprietà dell'ente sociale, e non tengono più natura distinta da tutta l'altra sostanza. Questo può dirsi il diritto naturale, consentaneo all'indole propria di ogni società. È necessario che il prelievo delle poste sociali, secondo gli autori, sia stato stipulato (1). Noi prescindiamo dalle convenzioni sulle quali non possono darsi giudizi preventivi: e premessa una idea generale, proporremo a schiarimento del soggetto alcune ipotesi.

L'idea generale è questa. Per quanto i capitali conferiti in origine, sotto nome di poste sociali (2), siano stati confusi nella massa sociale a formare un tutto inseparabile e identico, giunti al punto della decomposizione, dirò così, di tutti gli elementi che la costituiscono, quello che è propriamente fondo sociale primitivo, apparisce all'analisi come avente grado e qualità distinta dagli elementi sopraggiunti, aggregati, entrati per tante guise nel patrimonio ad aumentarne il valore. I cardini e i veri fattori di questo patrimonio sono le importazioni di quei primi contribuenti che esposero i loro capitali a tutte vicende del commercio, e resero possibile la fortuna della impresa. Tali importazioni gettate ad ogni rischio nella società, se perdute in un disastro, non concedono a quei capitalisti il menomo diritto sopra gli altri soci; e non accade quando la società termina in condizione di attività e di sopravanzo. Allora è giusto separare tali quote di fondo da tutto il resto che rappresenta l'utilità e il guadagno. Coloro che nulla portarono in società, se non forse dell'abilità e dell'industria, non avranno certamente a lagnarsene; ove tutto l'insieme non formasse che una massa, è cosa evidente che gli industriali si approprierebbero del capitale, o chi avesse portato di meno, arricchirebbe in altrui detrimento.

Ma quando le cose vanno prospere, tutti gli interessi trovano soddisfazione; coi guai cominciano le querele. È allora che la dottrina ha d'uopo di bilanciarsi e procedere con misura perchè in terreno ristretto e deficiente niuno ottenga sugli altri ingiusti vantaggi.

Perciò stabiliamo varie ipotesi:

1° Che la società sia in pareggio, e ognuno dei soci che doveva conferire un dato capitale abbia corrisposto. *A.* doveva immettere un capitale di L. 40,000. *B.*, *C.*, *D.*, *E.* L. 10,000 per cadauno, a formare un fondo di 80,000. Pagati i debiti, è risultato un attivo di 80,000. Ognuno riprende della valsente, la sua quota, e la cassa sociale è spazzata: quei capitali furono sterili (3): non diedero frutto per nessuno: bastarono al proprio rimborso.

2° Riteniamo la specie proposta. La società è rimasta perdente di 40,000; i soci capitalisti non possono ricuperare che la metà della importazione rispettiva.

3° *A.* portò integralmente il suo quoto di 40,000. I quattro colleghi non versarono un soldo. Ora non si può disporre che di 40,000. Tutta la somma è impiegata a rimborsare il capitale di *A.* Il fatto adunque è di maniera, che se *B.* *C.* e *D.* *E.* avessero portato alla società il capitale rispettivamente promesso, *A.* non avrebbe ritirato del proprio che L. 20,000, laddove per lo difetto dei consoci viene a rifarsi dell'intero. Ecco la ragione. Il capitale da lui immesso è stato l'unica forza sulla quale ha potuto appoggiarsi il commercio della società; i consoci che mancarono al debito; che furono causa del poco lieto successo, qual credito hanno? Essi non hanno che degli obblighi. I liquidatori avrebbero potuto costringerli a versare le loro quote; ma collo stesso risultato. Difatti — se i quattro soci portano adesso le loro 40,000 lire, che avviene? Essi vengono rimborsati di 20,000 (4), le altre 20,000 sono perdute per essi, e vanno ad integrare il capitale di *A.*, che è il solo creditore, perchè il solo che fece a tempo la sua immissione. I quattro soci che sì mal corrisposero al debito loro, dovranno anche gl'interessi, che formeranno l'unico guadagno del socio *A.*

Cotali ripartizioni mi sembrano giuste in principio, e, secondo io veggo, i soci creditori che prendono di più nel riparto, non vengono a pagar meno nella loro quota di debiti (5), che parve un'apprensione di PARDESSUS (n° 1080). Il debito è *della società*; il liquidatore, dimet-

(1) PARDESSUS, n° 1080; BÉDARRIDE, n° 507.
(2) Od altro nome e titolo.
(3) Se pure non si effettuarono dividendi nel corso delle società, che non devono restituirsi.
(4) Non perdendo che la metà (V. num. 2).
(5) Salva sempre la varietà dei patti.

Digitized by Google

tendo il passivo, ha soddisfatto per tutti. Il passivo è in tal caso una diminuzione dell'attivo, semplicemente, e non una *perdita* nel senso dell'articolo 1717 del Codice civile; il socio che ha portato un maggior capitale, non ha un debito maggiore degli altri: invece può avere un interesse maggiore, il che dai patti principalmente dipende.

583. In queste varie ipotesi di una società in liquidazione ove la sostanza rimasta non può sopperire che al rimborso delle importazioni (se pure lo può) talvolta aggiungesi un elemento di attività: l'elemento industriale.

Torniamo ancora all'esempio proposto. Oltre i cinque soci a poste ineguali, ve n'ha un sesto: che è un socio d'industria. Egli ha lavorato, ha fatto quello che doveva in tutto il corso della società, che è cessata al termine convenuto di cinque anni. Appena si ha quanto basta per soddisfare i capitali effettivamente immessi; al socio d'industria non resta nulla. Egli ha perduto il suo tempo: peggio per lui: è quello che si guadagna ad essere un proletario.

È vera questa proposizione la cui crudeltà si dimostra coll'enunciarla? Vedo che pochi scrittori se ne curano; ma incontro un passo di Pardessus, inspirato da una certa indignazione che gli fa onore, benchè in qualche parte non immune da critica. « Si à la dissolution « de la société, egli dice, Jean (il socio capita« lista) retire sa mise, Louis (il socio d'indu« stria), que la nature des choses prive de cet « avantage, se trouvera lésé; la stipulation de « cette reprise serait même une injustice dans « le for intérieur. Dans le silence des parties, « les juges que d'ailleurs aucune stipulation « ne lierait, feraient donc une chose équitable, « en déclarant que les circonstances s'oppo« sent à la reprise entière de l'apport de Jean » n° 1080).

Il socio d'industria ha conferito il suo capitale: la sua medesima industria. Eccolo sul lastrico dopo cinque anni di stenti e di fatiche. Si comprende che in un rovescio totale della impresa egli avrebbe dovuto subire la sorte di tutti gli associati, ma non siamo a questo estremo; intanto i capitalisti possono cavarsela senza gran danno. Avrà il capitale sopra il lavoro una sì aristocratica preponderanza; il lavoro striscierà così umile e così disprezzato ai piedi del capitale? Che direbbe Proudhon e la sua scuola? Non dubito che l'equità dei giudici verrebbe ad interporsi, affinchè, come Pardessus la chiama, non si consumi tanta ingiustizia. Non sarà permessa *la reprise entière de l'apport*. Lo dirò colle sue parole; ma sarà fatta una ragione conveniente secondo le circostanze.

Abbiamo avuto occasione altrove di stabilire che l'opera industriale, nelle sue attinenze coi capitali immessi in una società di commercio, corrisponde sino ad un certo punto agl'interessi dei capitali medesimi. Ma non si è mancato di osservare ai debiti luoghi, che il lavoro dell'uomo può arrecare all'impresa un contributo anche più cospicuo che quello del capitale: spettare alla convenzione sociale lo attribuirvi il valore che questo elemento ottiene nella stima dei soci. Ma non è sempre nella previdenza degli istitutori di regolare quelle singolari contingenze che potranno presentarsi nella liquidazione, una delle quali è quella che esaminiamo. Forse anche non si poteva, cosicchè veniamo ad un punto nel quale il giudice potrà arbitrare nella bontà del suo criterio e della sua coscienza (1). In ispecial modo deve considerarsi se i capitalisti che ricuperano le loro importazioni, perdano o no gli interessi. Se noi supponiamo che i loro capitali siano rimasti sterili per cinque, otto, dieci anni, essi già sostengono una perdita che può anche equilibrare quella che soffre il socio d'industria. Non si vuol dimenticare, che il socio d'industria non fece una locazione de' suoi servigi, ma li prestò nella speranza di un guadagno superiore a quello che l'opera gli avrebbe fruttato nei casi ordinari; che giuocò, come gli altri, una partita, e corse il rischio comune.

Ove non posso convenire con Pardessus si è, del non doversi aver riguardo allo stipulato sociale, e sia in facoltà del giudice di correggerlo per viste di equità. Dove condurrebbe una tale dottrina?

584. Qualche cosa ci resta a dire sul diritto di privilegio che si crede poter competere ai creditori che si trovano nella posizione divisata dall'articolo 661 e seg.

Questioni di preferenza non si fanno o non hanno ragione di essere ove la materia abbonda. Ma quando la raccolta è scarsa, insufficiente l'attività distribuenda a soddisfare la concorrenza, il privilegio è la salute del credito. Perchè la gerarchia dei crediti, stabilita dalle leggi generali in ogni maniera di concorso, non dovrebbe osservarsi anche in questo? Noi andiamo trascorrendo questo processo nel suo pacifico cammino; supponiamo

(1) Una regola direttiva potrà averla nell'articolo 1717 del Codice civile.

Digitized by Google

il buon accordo degl'interessati. Ma se fosse d'uopo trasportarsi nel campo giudiziale, forsechè non avrebbe luogo *una graduazione* (1) secondo i precetti della legalità? Questa massima difatti noi riteniamo e riputiamo vera; ma in tema di liquidazione di una società commerciale, è forse per analogia che noi seguiremo le disposizioni degli indicati articoli 661 e seg., speciali al giudizio di fallimento?

Io non ammetto, sotto questo rispetto almeno, analogia ed attinenza alcuna fra le due situazioni; tengo non applicabili quelle leggi. Il processo di fallimento ha dei caratteri tanto distintivi e degli elementi così propri, che non possono cangiar di luogo ed estendersi ad altre specie. Vero è bensì che le forme di diritto che vi si adottano, non sono punto aliene da quelle insegnate nella legge generale, se ne togli qualche particolarità (2): non ne segue però che a questa sorgente si debba attingere la norma legale, o sia cosa indifferente. L'inesattezza del rapporto, oltre la mala direzione delle idee, ci condurrebbe ad erronee applicazioni, come veniamo a dire.

Intento all'epurazione del patrimonio sociale e al soddisfacimento dei debiti, sua prima cura (articolo 170), il liquidatore, con avvisi pubblicati nei giornali, invita i creditori a presentare i loro titoli, a convenire in un giorno determinato per verificarli e trattare del modo di pagamento. Il liquidatore è vestito di autorità per stabilire a concordare coi creditori uno stato di graduazione, indipendentemente dai soci: ma quanto sarebbe utile il far assistere a tali operazioni qualche rappresentante del ceto sociale, e come si eviterebbero questioni che potranno più tardi sollevarsi nel giudizio di rendiconto!

Di preferenze e di privilegi verrà a disputarsi laddove il valore da distribuirsi consista in mobili e in immobili, o nel prezzo che li rappresenta. I creditori dei canoni enfiteutici, i creditori dei fitti sul prezzo delle derrate che sono raccolte entro l'anno (articolo 1958, n[i] 1 e 2 del Codice civile); i creditori ipotecari sul prezzo dell'immobile affetto alla loro ipoteca, e via discorrendo, vorranno essere collocati secondo il diritto che ad essi appartiene; e ciò è legittimo. Non è difficile che in mezzo al complicato svolgimento scoppi la discordia; e allora la competenza commerciale dovrà tacere, e subentra la giurisdizione civile per effettuare una graduatoria in tutte le regole.

Gli operai, i commessi che servirono la società e sono in credito di salari per un certo tempo prossimo alla liquidazione, hanno essi il privilegio accertato dall'articolo 664? (Codice di commercio).

Non darei luogo al privilegio negli operai; lo accordo ai secondi. La ragione della differenza è questa: che gli operai non sono contemplati fra i privilegiati nel Codice civile; ma lo sono i *commessi* (3), parificandosi alle *persone di servizio*. I privilegi non possono estendersi: quello dell'articolo 664 è specialissimo, ed è facile vedere quanto sia diversa la posizione degli operai verso un fallito, da quella verso una società che si liquida onorevolmente in condizione di attività (4).

—

Ora vogliono essere considerati i principali effetti giuridici che vengono in relazione e in consegnenza della divisione e assegnazione dell'asse sociale.

Cominciamo dagli effetti ipotecari.

Devesi in primo luogo esaminare se sia applicabile in materia commerciale, e relativamente agli effetti della divisione, il prescritto dell'articolo 1736 del Codice civile. « Sono applicabili alle divisioni fra' soci le regole concernenti le divisioni dell'eredità, la forma di tali obbligazioni, e le obbligazioni che ne risultano ».

La indipendenza del diritto commerciale dal civile, che noi professiamo in principio, non va tant'oltre che si vogliano rifiutare le disposizioni del Codice civile qualora, ogni altra legge mancando, abbiano pari ragione di applicazione; o più ancora, quando dalla sfera della commercialità siasi fatto passaggio a un ordine di cose ove si arretra le legge del commercio, e risorge il dominio della legge civile. Io insisto principalmente in quest'idea. Dal momento che le assegnazioni e i riparti dei beni comuni siano consumati, i rapporti sociali sono interamente cancellati ed estinti, e del passato più non rimane nè influenza nè traccia. E perciò è luogo a fare sul disposto dell'art. 1736 una distinzione sostanziale e di gran momento. Scritto espressamente a regolare le conclusioni delle società civili, non può quel disposto tras-

(1) Articolo 650 e seg., articolo 709 e seg. della procedura civile.

(2) Come quelle che si riscontrano nell'art. 664.

(3) Articolo 1956, n° 4 del Codice civile.

(4) I creditori dei soci non hanno privilegio per titolo di *cauzione* prestata (*Journal du Palais*, 1836, pag. 157). Nella stessa decisione fu dichiarato che non può prelevare sull'attivo *il suo apporto* colui che non è che creditore di un socio.

Digitized by Google

portarsi tutto d'un pezzo alle commerciali; parte di esso articolo è applicabile, e parte no. Ciò è in relazione alla varia natura del soggetto. Finchè versiamo nell'emisfero commerciale, noi potremo trovare incompatibili quelle norme colla celerità che si esige negli affari di commercio; colla posizione che occupano i soci e gl'interessati, gli uni rimpetto agli altri; colle vedute infine e coll'indirizzo della legge commerciale. Ed è per questo che non abbiamo potuto ammettere, e non ammettiamo, tutto quanto dispone la legge civile in ordine alle divisioni ereditarie, sia *per le regole concernenti tali divisioni*, sia *rispetto alle forme*. In sostanza, mentre i soci sono ancora in presenza, assisi intorno al desco ove si spezza il pane del comun patrimonio, il consorzio non è ancora disciolto, ma levate le mense, non conservano più che i rapporti ordinari di quelli che condussero fra loro un negozio qualunque, non privo di conseguenze. Gli effetti giuridici della divisione entrano di diritto, come io diceva testè, nel dominio della legge civile.

Quando vi fu assegnazione d'immobili è sempre interessante la questione del diritto ipotecario.

È un portato della scienza moderna che le assegnazioni fra coeredi si ritengono dichiarative, non traslative, di proprietà (1): principio sì chiaramente enunciato nell'articolo 1034 del Codice civile. « Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i « beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi; e si ritiene « che non abbia mai avuta la proprietà degli « altri beni ereditari ». Questo articolo, pel richiamo fattone dal 1736, è applicabile ai riparti avvenuti fra i soci, eziandio di società commerciali.

Ho detto essere un portato della scienza moderna, cosa che del resto nessuno ignora: più utile dell'antico sistema, meno logico non pertanto. Nell'interesse della verità storica (perchè possiamo scartare gli antichi sistemi se non ci tornano comodi, non calunniarli) è mio debito rivendicare il ragionamento dei giureconsulti romani da quello che TROPLONG, nel trattato delle ipoteche (nº 469 bis), appellò *sottigliezza di diritto* (2). Era quella per contrario la verità dei fatti e l'ordine naturale delle cose. Più comproprietari indivisi hanno *totum in toto et in qualibet parte*; si conosce il rapporto aritmetico; si sa che ognuno dei due proprietari ha il dominio della metà del corpo; rapporto discretivo non esiste ancora nel fatto, ma solo nella idea. L'analisi di questo concetto apprende che la metà di ogni atomo, di ogni molecola, è nel dominio di ciascuno dei due proprietari; certo il diritto, benchè indeterminata la sua applicazione, è disponibile come qualunque altro diritto che ci appartiene; può vendersi, può ipotecarsi. Contratta in questo stato di cose l'ipoteca, aveva l'effetto che poteva e doveva avere: colpiva in modo indeterminato la metà dell'intero. Un fatto posteriore, la divisione, non poteva trasformare l'ipoteca; cancellarla da una metà, condensarla sull'altra metà, come se fosse stata sin da principio determinata. Dallo stato d'indeterminatezza e di confusione passando la comproprietà ad uno stato distinto, alla quantità discreta, consideravano gli antichi questa essere una condizione nuova, o, se meglio si voglia, una forma nuova della proprietà; e non seppero fingere che lo stato d'indivisione fosse come non mai esistito (3). Quelli che rispondevano ai quesiti della scienza erano i giureconsulti e non i legislatori che però più tardi ac-

(1) La giurisprudenza della Rota romana, che in tutto quanto appartiene al diritto privato tiene seggio magistrale, quantunque inspirata dall'antico diritto, non declinò questo principio.

(2) Senonchè lo stesso autore, *sibi non constans*, nel posteriore trattato della società, scriveva al nº 1066: « Le droit romain, en effet, *était dans la logique et « dans le droit*. L'état de division se présentait à « lui avec ses conséquences positives et palpables; « c'était à ses yeux une situation rationnelle, dont « les traces devaient se retrouver dans le partage « qui en était le terme ». Prosegue dicendo, che non altro che ragioni *politiche e fiscali* (che però è dir troppo anche a senso mio) fecero *substituer à cette théorie la théorie contraire du droit français*.

E ancora: « Qu'il me suffise de dire que c'est à « leur profit que fut inventée *la fiction* du partage « déclaratif; *fiction tellement hardie* qu'elle frappa « d'étonnement le deux plus grands jurisconsultes du seizième siècle (che furono in Francia, « s'intende), DUMOULIN e ARGENTRÉ ».

Non è giudicare con severità, mostrare tali contraddizioni d'illustri scrittori.

(3) Tizio e Caio sono condomini di un fondo indiviso. Tizio ha convenuta una ipoteca giudiziale, che colpisce la metà indivisa che gli appartiene. Più tardi si fa la divisione. Qual è l'effetto della ipoteca? Ecco il testo romano: « Illud tenendum « est si quis communem partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio *non « utique eam partem creditori obligatam esse quæ ei « obtingit qui pignori dedit: sed utriusque pars pro « indiviso pro parte dimidia remanebit obligata* » (Leg. 7, § illud, Dig. quib. modis pignus, ecc.; L. 6, § 8, Cod. comm. divid.; Leg. 3, § ult., Dig. qui potior in pign.).

cettarono per loro codice la scienza. L'effetto di questa posizione era senza dubbio imbarazzante; il socio o coerede, non debitore, avrebbe dovuto provvedere nella divisione contro i pericoli della ipoteca che il socio aveva imposta sulla cosa comune; o avrebbe dovuto rivalersi contro il socio o coerede, molestato che fosse dal creditore. Questo nondimeno era il processo logico delle idee. I giureconsulti non potevano immaginarne un altro; essi seguivano le leggi della natura, ed è per questo che i loro responsi sono immortali.

I legislatori moderni, nella loro onnipotenza, hanno detto, ciò deve mutarsi; alla verità delle cose subentri una finzione che l'utilità giustifica. Fingasi che non sia mai esistito stato d'indivisione; fingasi che il socio o coerede che esce da questo stato, abbia sempre posseduto il corpo come diviso e totalmente suo, fuori di ogni condominio dell'altro socio o coerede che per conseguenza non ha mai potuto imporre pegno od ipoteca su quella parte. Quando si comincia a fingere, bisogna continuare. Se il comproprietario ha venduto la metà dell'intero (che era pienamente nel suo diritto), per certo egli ha venduta una proprietà indeterminata. Ma quando avviene la divisione, si reputa ch'egli abbia alienata quella metà concreta che a lui viene assegnata; e l'alienatario che sta in luogo suo, deve accettarla come se l'avesse realmente comprata.

586. Questa esposizione, alquanto astratta, giova a risolvere la questione che segue.

Trattandosi di divisione conseguente dallo stralcio, vi ha di mezzo un fatto importantissimo: *la esistenza della società*. Non vi ha nulla di simile nella ordinaria divisione di comproprietari. Lo stadio per cui siamo passati è semplicemente quello della indivisione fra i proprietari medesimi. Da ciò la teoria di Duvergier (n° 375) e di quell'eminente magistrato che fu Délangle (n° 707).

Dai principii del Codice civile possono dedursi argomenti per sostenere che l'assegnamento divisionale, dopo lo stralcio della società, abbia un effetto retroattivo. È vera la tesi qualora si ponga in modo assoluto? È un dubbio che mi propongo io, al quale darò risposta nei numeri seguenti, ma che gli autori francesi non fanno a se stessi. Essi disputano soltanto per sapere a qual punto risalga, in materia di riparto sociale, e per finzione di legge, la retroattività dell'assegnazione alla quale si attaccano, come ognun vede, i più gravi effetti ipotecari.

La retroattività, dicono i citati autori, va sino al punto della dissoluzione della società; mentre gli altri, e sono i più, la fanno rimontare più addietro; e dirò come.

Ciò dipende da combinazioni varie. Se l'immobile assegnato in partaggio al socio, a lui apparteneva prima della società, benchè in effetto lo cedesse in proprietà alla società medesima, si reputa essere sempre rimasto in di lui dominio.

Se l'immobile che gli venne assegnato apparteneva ad altro socio, si ritiene che gli sia stato ceduto al momento in cui la società venne costituita.

Se l'immobile fu acquistato dalla società stessa, l'assegnatario si finge averlo avuto in proprietà nell'atto in cui la società ne fece acquisto.

In questo sistema pertanto la società si ha per un fatto transeunte o quasi come persona ideale, che essendo scomparsa, non ha lasciata traccia giuridica del suo passaggio (1).

Questo sistema tanto retrogrado è impugnato dai lodati sig. Duvergier e Délangle, perchè dicono che la società è un ente morale capace di acquistare e di possedere; che avendo acquistato e posseduto, e indi essendo cessato, è solo da questo punto che comincia un'èra nuova; le operazioni dello stralcio non sono che ordinative ed esecutive; ma in fine è dal momento in cui la società termina la sua esistenza, che le sorti della proprietà sono fissate.

Checchè siasi detto dagli autori della contraria opinione, il fondamento di questo sistema è ben semplice. La società, persona giuridica, ha avuto nel corso storico un'esistenza propria, e deve considerarsi come qualunque altro proprietario che ritenne l'immobile nel proprio dominio, e non lo ha perduto che dal punto in cui cessò di esistere. Finchè dura la società, non vi è stato d'indivisione; la proprietà riposa essenzialmente sulla testa della società medesima; il che esclude la coesistenza di diritti incompatibili, cioè la proprietà *in solidum*; ragione per cui il diritto francese fu tratto a correggere la teoria dei giureconsulti romani, ammettendo come realtà una finzione.

Troplong, indi Bédarride, uniscono i loro sforzi potenti per abbattere questa dottrina.

Il primo volendo toglier di mezzo l'argomento ora accennato, è costretto a rivedere la vecchia e la nuova teoria; e le osservazioni ch'egli fa sono tutte a profitto del sistema ro-

(1) Troplong, *Des sociétés*, num. 1065.

mano, contro ciò che aveva detto altrove (1). La verità era nel sistema romano; la finzione è nel francese (2). È dunque un argomento che si fonda nell'errore. Sapete qual è una finzione di diritto? Ella è che la società sia una persona civile o giuridica; ella è che non esista un vero stato d'indivisione sussistendo la società.

Per grave ed utile che sia il concetto mentale di una società, persona giuridica (continua l'illustre autore), non può del tutto sopprimere la idea della comproprietà e della indivisione inseparabile da una società. Questo rapporto reale delle cose, questa verità infine, rimane per un certo tempo adombrata; e qui ripeto le parole dell'autore per non guastarle traducendole. *La comproprietà indivisa* « reparait « sour tout avec éclat à l'époque de la disso- « lution, *non pas comme une chose nouvelle*, « mais comme un droit momentanément inter- « cepté; c'est pourquoi que l'effet rétroactif, « ne trouvant plus la personne civile, cause de « cette interception, agit en toute liberté sur « un passé qui dans la vérité des choses n'a « pas cessé d'être en état d'indivision ». Qual è la conclusione? Eccola. Come sarebbe possibile, si dice, che *l'effetto retroattivo capace di annientare l'indivisione* (3), vale a dire una sì manifesta realtà, rispettasse poi la finzione *che l'ha preceduta:* ossia quella finzione per cui la società mentalmente esiste? *La fiction doit-elle être mieux traitée que la réalité?*

Ora vediamo quali siano, secondo questo sistema, gli effetti ipotecari.

Era vostro l'immobile, che avete recato come contributo alla società, sia pure che la stessa proprietà abbiate ceduta? Quell'immobile vi è assegnato nel riparto finale? Ritenendosi non mai uscito dal vostro dominio, voi avete potuto assoggettarlo a ipoteca; le ipoteche iscritte in vostro capo, durante la società, colpiscono l'immobile. — Se l'immobile che vi è toccato in sorte appartenne al vostro socio che recavalo in società, è quegli realmente il vostro autore: si stima che lo abbiate ricevuto *direttamente da lui*, fin d'allora che la società venne costituita. Per conseguenza le iscrizioni che sono state prese a vostro carico da quel punto in poi, hanno colpito quell'immobile. — Nel terzo caso finalmente, se l'immobile che vi è assegnato deriva dalla stessa società, essendo stato da essa acquistato, le ipoteche iscritte contro di voi avranno cominciata la loro efficacia dal momento che la società ha acquistato l'immobile (4).

Consultiamo adesso l'altro campione di questo sistema.

Bèdarride riconosce che la società, persona morale, è distinta dagli individui: *mais tant qu'elle existe, et à condition qu'elle existe.* Sciolta la società, *tout est anéanti;* non vi è mai stato che una indivisione che l'assegnamento finale ha fatto cessare.

Ora si ha l'interesse il più deciso per trasportare indietro dallo scioglimento della società il fatto attributivo del dominio.

Supponete. Un socio ha concesso ipoteca sopra un immobile sociale; la ipoteca è stata iscritta: tutto questo prima dello scioglimento della società. Più tardi la divisione; e l'immobile cade nel lotto del debitore che costituì la ipoteca. Forsechè la iscrizione anteriormente accesa non sarebbe poziore a quella che si prendesse a carico dello stesso assegnatario nel giorno della divisione? Se ciò è vero, e secondo l'autore è cosa incontestabile, ne segue chiaramente, che l'*effetto dichiarativo* della divisione deve risalire oltre il giorno in cui la società è stata sciolta, altrimenti la prima iscrizione sarebbe nulla, perchè consentita da chi non era proprietario.

Che i beni possano essere stati validamente colpiti d'ipoteca dalla società e per conto di essa, niun dubbio; ma perchè? Perchè il debito è personale dei soci; perchè l'attività sociale è il pegno dei creditori.

I creditori della società sono preferiti ai creditori personali. Ciò potrebbe formare una obbiezione. L'autore è pronto a rispondere: che il suo sistema ammette, durante la società, la distinzione delle persone; separa l'ente morale e collettivo dalla singolarità dei soci. Ma al dissolversi del consorzio sociale, tali distinzioni non hanno più ragione di essere, e svaniscono con quello (5). La società era un vero proprietario che poteva disporre dei beni: lo ha fatto, o non lo ha fatto. Se ne ha disposto, alienando, ipotecando, i suoi atti sono giuridici. Se non ha disposto, le cose ritornano come prima. La proprietà del socio assegnatario coesisteva; ma il suo esercizio restava sospeso durante la società. Quando essa si scioglie « la dissolution effaçant celui-ci *rend « son droit de propriété dans toute son éten-*

(1) Vedi la nota superiore, num. 585.
(2) Noi lo abbiamo dimostrato al num. suddetto.
(3) Che esisteva durante la società.

(4) Troplong, *Du contrat de société*, num. 1063 e seg.
(5) *Non entis nullæ sunt qualitates.*

Digitized by Google

« due, ainsi que la faculté d'en disposer ». È dunque vera la teoria di TROPLONG, che la *rétroactivité du partage va jusqu'au moment de la constitution de la société* (BÉDARRIDE, num. 513).

587. La questione è troppo interessante perchè non abbia a porvisi la maggior attenzione.

I nostri autori prendono quella disposizione che è scritta a riguardo dei coeredi o condomini nello stato semplice della loro indivisione; e ragionando dallo spirito, mentre le parole non possono certo applicarsi, vanno a farne un traslato pei casi di distribuzione ed assegnazione dell'asse sociale.

Il primo riflesso che si presenta, è l'assoluta differenza dei casi. Il condominio dei coeredi è una situazione necessaria, frequente, e sarebbe irta di difficoltà se il legislatore non venisse a sciogliere il problema che vi si contiene. Esso crea un modo di soluzione, che senza essere rigorosamente logico, come si dimostrò, è apprezzabile per la sua utilità: con un'espressione affatto vera, taglia il nodo colla spada, e passa oltre contento degli effetti salutari che la *fictio juris* realmente produce. Come mai si troverebbe la stessa ragione rapporto a quelle associazioni volontarie che si fanno ad oggetto di guadagno, e si potrebbero anco non fare? Che importa se Tizio, il quale ha ceduto a una società un immobile di cui era proprietario, si è così privato della facoltà di alienarlo e d'ipotecarlo? Qual interesse può muovere il legislatore per ordinare che, qualora addivenga assegnatario o dell'immobile ceduto, o che da altri venne conferito in società, l'assegnazione debba fingersi retroattiva ad un'epoca anteriore, qualunque sia?

Gli esposti ed opposti sistemi vediamo in una cosa essere concordi, nel negare alla data naturale dell'atto di divisione il valore cronologico che le è proprio. Gli autori del sistema prima enunciato si arrestano al tempo in cui la società si scioglie; gli altri vogliono di più, e vanno sino al tempo della costituzione della società, e più indietro ancora. Io ardisco dire che gli uni e gli altri hanno torto, e credo di poterlo provare (1). Intanto si può semplicemente chieder loro: in che vi fondate per supporre che il trasferimento del possesso o del dominio di una cosa non abbia a contare la sua efficacia dall'atto che lo produce; ma debba averne uno anteriore? Se ripugna alle leggi la retroattività, molto più ripugna agli atti contrattuali che non costituiscono rapporti giuridici che in tempo futuro. In effetto, la supposta retroattività non è sostenuta in veruna disposizione di legge; e quelli che più ne abusano, sono costretti a scambiare per una regola generale una *fictio juris propter utilitatem*, statuita ad un caso particolare; e passare di finzione in finzione.

La società, esistente come persona, è concetto reale e non fittizio. Ripetiamo l'art. 107: « Le tre prime specie di società (le commerciali) *costituiscono*, rispetto ai soci, enti collettivi separati e distinti dalle persone dei « soci ». *Costituiscono*; non perchè la legge lo voglia, ma perchè così naturalmente è. La personalità individuale si spoglia a favore dell'ente collettivo. L'ente collettivo è l'interesse generale, comune, opposto a quello dei singoli in quanto tendono alla prevalenza dell'interesse individuale: questo interesse generale e comune, personificato negli agenti ed amministratori, esiste moralmente, ma non meno realmente; se pure la filosofia dei nominalisti non invade la giurisprudenza (2). Questo ente giuridico percorre uno stadio più o meno lungo di reale e storica esistenza; e tale non sarebbe senza generare fuori di sè rapporti giuridici perfetti, effettivi, incancellabili.

È con assai graziosa disinvoltura che si è detto: la società passò come passa una finzione, si direbbe quasi, come una menzogna. Si concede però che se questa larva, questa passeggera apparenza, ha fatta qualche opera duratura come quella di stabilire ipoteca sui fondi da lei posseduti e ritenuti in dominio, niun dubbio, la ipoteca è valida; niun dubbio cioè che quell'apparenza non sia stata una realtà viva, agente, e subbietto di diritto come qualunque persona civile (3).

Dall'essere una società commerciale persona giuridica e vera proprietaria dei fondi (non a semplice fruizione, se ad essa in proprietà ceduti), conseguita, a veder mio, ben chiaramente, che contro una tale realtà s'infrange, o meglio, non ha grado di consistenza e svanisce quella finzione e quel falso concetto dello spirito per cui si vorrebbe che un fondo alienato alla società non fosse alienato; abbia

(1) Colla limitazione però che farò più avanti.

(2) Che è mai il municipio, la provincia, un consorzio d'acque, enti morali e collettivi, se non concetti della mente intesi a proteggere, coll'azione di rappresentanti, interessi generali e comuni a un dato ordine di persone?

(3) Ovvio il caso che la società prendendo a mutuo abbia dovuto dare ipoteca.

cioè a ritenersi come se dall'alienante il fondo avesse fatto transito immediatamente all'assegnatario, che dopo un tempo più o meno protratto ne diventerà aggiudicatario nell'atto di divisione. Ma distinguiamo, dicono i contrari: o la società ha disposto, sta bene: se non ha disposto; se non si è valsa della sua facoltà, è come se non le avesse avute. È vero; ma qual'è la conseguenza? che i beni sono restati nell'associazione, e al termine di essa saranno materia di distribuzione e di riparto agl'interessati. Non è però men vero che la proprietà aveva fatto passaggio nella società, e che un nuovo passaggio avvenga quando da essa si trasporta agli assegnatari del riparto i quali si trovano in possesso *in forza di un nuovo titolo:* il solo dal quale possano dedursi ragioni di proprietà (1).

Fra le conclusioni giuridiche dedotte dalle tre ipotesi enunciate nel nº 586, due ci sembrano assolutamente strane ed assurde. Se il socio *B.* ha ceduta una casa alla società, e questa casa nell'ultima divisione è toccata al socio *C.*, è impossibile ritenere che questi sia il continuatore o successore immediato di *B.* È forse da lui ch'egli riceve il fondo? Con qual titolo lo riceve? Per vendita, per donazione, o per quale altro? *B.* ha alienato, si è spogliato della proprietà a profitto della società, per soddisfare il debito della sua posta sociale. La società è divenuta proprietaria. La società muore, e, come tutti quelli che muoiono, abbandona le cose a chi vien dopo. Qui, dopo la società, vengono gli assegnatari dei beni sociali, siano questi fra i soci medesimi, o siano creditori. I tre momenti successivi della proprietà sono manifesti. Se la finzione poetica è così ardita da immaginare che *C.* sia stato successore immediato di *B.*, e si potesse cancellare il *medium tempus* e il dominio chi sa per quanti anni durato nell'ente sociale, perchè non avrebbe potuto *C.* disporre immediatamente del fondo? Perchè invece l'ente sociale avrebbe potuto assoggettarlo ad ipoteca? Perchè se in quell'intervallo il fondo fosse stato evitto, *C.* non avrebbe avuto nel suo particolare azione di sorta per obbligare *B.* a rifondere i danni o surrogare un altro fondo; e invece l'azione non sarebbe appartenuta che alla generalità dei soci, ossia all'ente sociale, che poteva anche non valersene?

Non è meno assurda l'altra conclusione. La società creditrice di un terzo, non socio, oppignora i suoi beni, e si fa aggiudicare un fondo. Dopo cinque anni la società si scioglie; nel riparto finale quel fondo è dato in divisione al socio *C.* La finzione pretende che *C.* divenne successore di quel debitore, e non già della società. E perchè non si avrebbe a dire lo stesso, qualora il fondo fosse stato non distribuito nel riparto, ma invece ceduto a un terzo creditore della società? (2).

Io non ammetto neppure che lo *scioglimento della società* sia il punto fisso nel quale il futuro assegnatario possa considerarsi divenuto padrone dell'immobile che acquisterà coll'atto di divisione appresso lo stralcio. Abbiamo veduto che la società si scioglie per ciò che spetta a nuovi affari: ma rapporti sociali esistono ancora in ordine al patrimonio comune, e fra i soci e i creditori non ancora soddisfatti (3).

La questione non è di parole, ma di serie conseguenze: conseguenze che il fatto pratico rivela in tutta la loro gravità.

Primieramente non si può ammettere siffatta dottrina senz'ammettere ad un tempo che un socio durante la società può disporre delle cose comuni, alienarle, gravarle d'ipoteca, contro la legge di ogni società (art. 1824 del Codice civile). Difatti per qual cagione diciamo noi che il dominio del socio assegnatario si retrotrae al giorno della società costituita, se non per inferirne che le ipoteche, per esem-

(1) Io credo se ne avrebbe una conferma nei *diritti di registro*. Senz'occuparmene in relazione alle nostre leggi finanziarie, che è meglio non toccare, rammento con TROPLONG, che gli espositori della legge del registro al suo tempo, in Francia, insegnavano che se l'immobile sociale venisse assegnato nella divisione al proprietario anteriore allo stabilimento della società, non dovrebbe pagarsi che un diritto fisso; ma avrebbe dovuto corrispondersi un diritto proporzionale, qualora l'immobile fosse assegnato ad altri che al pristino proprietario. Ed era pur questa la giurisprudenza della Corte di cassazione (Camere riunite, 6 giugno 1812, SIREY, 1812, part. I, pag. 484). Prendiamo atto di questa distinzione per giovarcene più avanti.

(2) Prego di ricordare che noi esaminiamo la questione agli effetti ipotecari. L'assegnatario potrà esercitare le azioni del successore in certi casi dei quali darò un breve cenno nel seguente paragrafo; ma vedremo che allora egli non fa che esercitare le azioni della società, implicitamente o esplicitamente cedute nell'atto di divisione.

(3) *Finitur quidem societas sed non obligatio societatis* (FABRO, *Rationalia* in Leg. 59, § 9, Dig. pro socio). *Societatis effectus durat, extincta societate, donec pertinentia sint exacta* (STRACCA, decis. 71, num. 7).

Digitized by Google

pio, imposte nel corso della società vennero a ferire la proprietà posteriormente quesita; e come può ferire in anticipazione la proprietà futura senza essere stata validamente imposta lungo il corso della società? Sarebbe dunque possibile una proprietà *in solidum*, sulla quale insieme potessero statuire valide ipoteche e la società, ente morale, e singolarmente i soci, nel proprio interesse?

Pietro è possessore di una sentenza che condanna Paolo al pagamento di una somma. Paolo ha qualità di socio in una certa impresa commerciale; la società del quale fa parte è proprietaria di un immobile, che il creditore ha motivi per credere sarà attribuito a Paolo in una ripartizione più o meno vicina. Con questa vista, iscrive la ipoteca giudiziale sullo stesso immobile, quasi fin d'allora pervenuto al suo debitore: la sua previdenza non lo ha ingannato, e precisamente quel fondo viene dato in divisione a Paolo. Ma costui ha degli altri creditori. Uno di essi, uomo più positivo, aspetta il momento in cui l'atto di divisione sia compito, e va egli pure ad iscrivere la sua ipoteca, appoggiato alla disposizione dell'articolo 1986 del Codice civile (1). Fra le due iscrizioni concorrenti quale sarà vittoriosa? La prima, se è vera la teoria che noi combattiamo, essendo anteriore. Ma l'ultimo iscrivente dirà ch'egli solo è protetto dalla disposizione dell'articolo 1986; che quando fu accesa la iscrizione che gli viene opposta, il fondo non apparteneva al debitore. La sua obbiezione non ha replica.

Quella teoria sconvolge i principii del sistema ipotecario, e getta l'imbarazzo nelle aziende sociali. Se può cogliersi all'azzardo le future proprietà dei soci, si vedrebbero qua e là sorgere iscrizioni che, quantunque si reputassero insussistenti in confronto di quelle che l'ente sociale potrà iscrivere nel comune interesse, sarebbero fonti di questioni e di continui disturbi (2).

Posti e tenuti fermi questi principii, io veggo di poter concedere nonostante, che se il fondo che Pietro conferiva nelle sue qualità e dovere di socio, perdendone la proprietà, a lui medesimo ritorni nel riparto finale, sia da ritenersi per gli effetti ipotecari non mai uscito dal suo dominio. Non offende la realtà delle cose l'immaginare che Pietro, cedendo il fondo, non abbia voluto far altro che metterlo a disposizione della società, coll'animo di ricuperarlo se i bisogni della società non ne richieggano il sagrificio. Da questa idea, giustificata dall'evento, non s'inferisce punto che la società non abbia avuto una esistenza reale e giuridica; che la proprietà non abbia fatto transito effettivo nell'ente sociale; in quella guisa che la proprietà si trasferisce realmente al compratore da cui il venditore può riscattarla (3). La finzione, assai più logica delle precedenti, rende possibile il dire che le ipoteche iscritte *medio tempore* a carico di quel socio, tornando a lui il fondo, persistono ed hanno efficacia, non essendo stata la sua cessione che condizionale.

588. I coeredi si debbono reciproca garanzia per le cose assegnate in divisione (articolo 1035 del Codice civile). Non avranno lo stesso diritto i soci assegnatari, dividendosi l'asse sociale? La risposta affermativa è palese. Verso i soci, o verso colui mediante il quale i beni provennero alla società? Ecco il dubbio.

L'azione di garanzia si esercita verso i soci, i quali a loro volta potranno rivolgersi contro il cedente. Principio acconsentito da quegli stessi autori che non vollero riconoscere la vita preesistente della società. Non senza contraddizione, essi affermano il diritto dell'assegnatario di essere indennizzato verso gli antichi soci (4) per la evizione sofferta del fondo conseguito nel riparto (5). Non è tolto all'assegnatario di valersi immediatamente contro la persona del venditore. Ma lo potrebbe allora soltanto che fosse stato investito delle azioni della società nell'atto dell'acquisto.

Anche per causa di *lesione* si può agire contro gli antichi consorti. La base di quest'azione

(1) « La ipoteca giudiziale si può iscrivere su « qualunque degl'immobili appartenenti al debi- « tore; ma quanto a quelli che sono da lui acqui- « stati dopo la condanna, la iscrizione non può « prendersi se non a misura ch'essi pervengono al « debitore ».

(2) Il presente sistema ipotecario è forse incompatibile colla nota teoria del *jus superventum*, essendochè il fondo male ipotecato in origine fu di poi acquistato al debitore? Io non posso abbordare questo esame; limitandomi ad osservare che con ciò appunto si escluderebbe la pertinenza del fondo al debitore quando fu costituita la ipoteca.

(3) È chiaro che questa ragione di analogia non può estendersi sino alla identità.

(4) Quelli s'intende che furono personalmente obbligati.

(5) « Le partage ainsi exécuté produit les mêmes « effets qu'entre cohéritiers. Ainsi il se doivent mu- « tuellement garantie; *celui qui sera évincé de l'im-* « *meuble par lui reçu*, pourrait *revenir contre les* « *associés* » (BÉDARRIDE, num. 510).

Digitized by Google

rescissoria è stabilita nell'articolo 1038 del Codice civile; l'assegnatario deve provare di essere stato leso *oltre il quarto* (1).

È cosa evidente che il calcolo non può essere istituito che in relazione al complesso della sostanza divisibile, e non ai fatti di assegnazioni parziali che avessero avuto luogo pendente la liquidazione (2).

589. Appresso lo stralcio si troveranno cose che non sono divisibili. Gl'istrumenti, gli utensili portati da qualche socio a mero uso, gli sono restituiti nello stato in cui si trovano. Altre cose sono di loro natura indivisibili. I libri, le scritture, le corrispondenze, i telegrammi, tutta la parte si direbbe documentale dell'azienda, *sono depositati* (articolo 169) agli incaricati dello stralcio che li conservano in luogo opportuno per essere consultati da coloro che vi hanno interesse.

Le marche di fabbrica, le stampiglie, le divise, ecc. sono talvolta oggetti ricercati e non senza importanza; dato per esempio che ritirandosi la società da una impresa, questa sia proseguita da taluno che ne fece parte. Cose di nessuna utilità per quelli che non applicano a quel ramo di commercio, hanno un valore relativo per altri i quali dovranno acquistarle dalla compagnia (3), adoperandole con lealtà e buona fede, secondo i precetti altrove esposti (nº 89 e seg.).

Articolo 171.

Gli incaricati dello stralcio sono inoltre sottoposti alle regole che il Codice civile stabilisce per i mandatari.

590. *Carattere dell'amministrazione. Revoca degli incaricati allo stralcio.*

---

590. Gl'incaricati dello stralcio hanno tutte le obbligazioni dei *mandatari;* essi, come d'ordinario gli altri amministratori di una società di commercio, sono *mandatari qualificati.* Stimo poterli chiamar così, riunendo funzioni quasi sempre superiori e più estese di quelle dei mandatari comuni. L'estensione delle attribuzioni, e anco il ritenere qualità di socio e interessato, non danno all'amministrazione un diverso carattere; l'amministratore si risentirà nel suo particolare dei vantaggi o dei danni di una buona o cattiva gerenza; ma la funzione amministrativa è assolutamente distinta (4).

Revoca.

La stabilità, la durata, la permanenza dell'amministrazione personale, trae sempre dalla sorgente dalla quale derivano i suoi poteri. Ciò fu detto altrove (nⁱ 477, 495, ecc.), e la ricorrenza delle materie ci costringe a ripeterci. Se gl'incaricati allo stralcio furono personalmente designati nell'atto sociale (5), e clausula contraria non vi sia posta (6), sono irrevocabili al pari di quelli che vennero nominati per decreto di tribunale. L'amministratore può difendersi dall'opposto volere dei soci, e sostenersi nella propria indipendenza, alla condizione però di agire onestamente e di fare il galantuomo; e anche di non decadere nota-

---

(1) Emana dalla stessa fonte e dalla ragione che « la semplice omissione di un oggetto (della società), non dà luogo all'azione di rescissione, ma « soltanto ad un supplemento alla divisione ».

(2) Non risulta verificata la lesione del 4º se non si conosce la cifra totale dell'attività.

(3) Eccettochè si tratti del fondatore di essa che ve le abbia importate.

« Quid rursus *de insignibus seu signo tabernæ?* « retinenda est distinctio... ut signum, quod appen- « ditur tabernæ ad artem indicandam, adjudicari ei « debeat cui plerique socii voluerint vel cui ta- « berna ipsa remanserit; quod si contentio sit in- « ter eos, judex adjudicabit illud digniori artem « continuari volenti, sin minus ei qui in negotio « majorem partem habuit; quod si ne hoc quidem « fieri pacifice potest, et omnes socii eo uti ac re- « tinere contendant, adjudicari judex ei cui pro- « pitia sors arriserit; quod si postremo unus tan- « tum socius fuerit, qui continuare negotium si- « mile voluerit, ei dubio procul erat adjudicandum » (FELICIUS, *De societate*, cap. XL, num. 46, ecc.; ZANCHIUS, *De societate*, part. IV, cap. X, nº 503 e seg.).

Veramente i nostri trattatisti sono di una esattezza mirabile, e nulla sfugge all'abbondanza delle loro osservazioni.

(4) Questo cenno può bastare dopo tutto quello che si è detto. Il commento che viene a farsi ai seguenti articoli spargerà nuova luce su questo soggetto.

(5) Articolo 168 del Codice di commercio, articolo 1720 del Codice civile; TROPLONG, nº 1034; ALAUZET, *Comment.*, num. 284; MALPEYRE e JOURDAIN, num. 320.

(6) Se il mandato è generale, nel concorso cioè di tutti i soci, tutti devono concorrere a revocarlo (Corte di Rennes, 7 giugno 1865).

Digitized by Google

bilmente da quel grado di capacità che gli si attribuiva al tempo della nomina.

In tesi generale, il liquidatore di una società commerciale è revocabile dai soci o azionisti che lo hanno nominato. Se non che, amministrando il liquidatore non solo nell'interesse dei portatori di azioni, ma dei terzi altresì, avviene che la podestà revocatoria si modifichi non trovandosi concordi gl'interessati (1), e occorra talvolta invocare l'autorità del tribunale.

Società costituite per azioni si sono vedute sciogliersi, e con quegli elementi più o meno utilizzati formarsene delle nuove. In caso analogo fu deciso che, quantunque tutte le azioni siano concentrate in una sola mano, questo azionista massimo non ha facoltà di revocare il liquidatore, s'egli fu nominato d'accordo cogli antichi azionisti portatori attuali di obbligazioni e nel comune interesse (Cassazione francese, 16 giugno 1863, *Journal du Palais*, 1864, pag. 52).

SEZIONE X.

Della estinzione dell'obbligazione in solido.

Articolo 172.

I soci sono liberati dall'obbligazione in solido verso i creditori, trascorsi cinque anni dopo lo scioglimento della società, se l'atto che ne determina la durata o l'atto di scioglimento è stato depositato, affisso, registrato e pubblicato in conformità degli articoli 158 e 161, e se, osservate tali formalità, non fu proposta contro di essi domanda giudiziale.

Questa liberazione ha effetto anche contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, e contro i minori non emancipati e gli interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore.

Articolo 173.

I creditori hanno però diritto di esercitare verso gli incaricati dello stralcio le loro azioni sino alla concorrenza dei fondi indivisi che ancora esistessero, e verso i soci l'azione personale per la loro quota.

Articolo 174.

Se la scadenza del credito è posteriore allo scioglimento della società, il decorso del quinquennio comincia dal giorno della scadenza.

591. *Prescrizione. Oggetto della prescrizione secondo il nostro sistema diverso dal francese.*
592. *L'eccezione della prescrizione quinquennale non è opponibile che ai terzi; non da soci a soci.*
593. *Ancorchè per volontà espressa nell'atto sociale non fosse praticata una liquidazione formale, e non esistessero incaricati allo stralcio, il beneficio della prescrizione non sarebbe perduto ai soci.*
594. *Il beneficio è conservato ai soci quantunque l'incaricato allo stralcio non sia un socio. Ragioni dedotte dalle sostanziali differenze che passano dal nostro sistema al francese.*
595. *Il liquidatore-socio serba distinte le sue qualità agli effetti della prescrizione.*

(1) MALPEYRE e JOURDAIN, *Soc. comm.*, pag. 526 e seg.; DELANGLE, tom. II, num. 618; TROPLONG, t. II, num. 1024; DUVERGIER, num. 404.

Digitized by Google

596. *La prescrizione corre anche contro le persone privilegiate.*
597. *Del punto di partenza della prescrizione. Vari aspetti in cui la ricerca si divide, secondochè la società finisca al suo termine naturale o in altro tempo.*
598. *Dell'applicabilità dell'articolo 172 ai fatti di scioglimento non generale ma parziale della società.*
599. *Dell'interrompimento della prescrizione.*

---

591. Al distinto carattere dell'ente complesso e delle individualità sociali corrisponde la duplice azione dei creditori; varia nel moto e nell'indirizzo, ma resa efficace e potente dalla solidarietà di tutti i mezzi. La sostanza sociale e le particolari fortune dei debitori ne sono ad un tempo la guarentigia: la legge impartisce al credito tutta la sicurezza possibile; grande e suprema necessità del commercio. Ma dal lato dei creditori non è forse un debito la diligenza? Tanta estensione di diritti sarebbe loro conservata a tempo indefinito? Non appartiene eziandio ai vitali interessi del commercio il moderare a sì tremende esposizioni le condizioni del tempo perchè non riescano eterne? Ecco la radice di ogni prescrizione commerciale, che ha la sua ragione di essere nella vastità medesima delle guarentigie. Questo temperamento, questo direi equilibrio fra le azioni e le obbligazioni, conveniva introdurre anche nell'economia sociale: ma quanta difficoltà! In quale principio stabilire che al dissolversi della società avvenisse tale una novazione da togliere l'ordinario vigore alle azioni creditorie? Non si doveva forse distinguere fra la persona morale della società e quelle dei singoli debitori? Coloro che la rappresentano coll'incarico speciale di liquidatori, dovevano esser confusi nello stesso benefizio? Quando è che si sciolgono i rapporti dei singoli col corpo morale per disegnare la linea divergente delle prescrizioni come punto di partenza?

Non è quindi maraviglia se questa istituzione risvegliasse sino dalle origini gravi apprensioni. Ebbe molti e forti oppositori (1), e difenditori non meno valenti (2). È inutile riassumere quel dibattimento: del resto può vedersi in LOCRÉ nel suo lavoro intorno all'articolo 64. Per noi è interessante mettere sulle prime in rilievo la differenza fra l'articolo suddetto del Codice di commercio francese, oggetto di tante discussioni, e l'attuale nostro articolo 172.

La differenza è somma. L'articolo 64 è liberatore d'ogni debito (3): il nostro non libera i soci che dalla ***solidarietà del debito*** (4). Dopo sessant'anni, come diceva l'autore del *Waverley*, si è fatto un passo che io considero vantaggioso non meno al commercio che alla giustizia. Ciò che in realtà sgomenta è la permanenza della solidarietà; quando uno deve portare il debito di tutti, capro espiatorio, non riposa nel presente e non ha speranza nell'avvenire. A questo stato di perpetua inquietudine ha voluto provvedere la sapienza dei nostri legislatori. Che ognuno ritenga il proprio debito finchè non lo abbia soddisfatto, e non sia decorsa la più lunga prescrizione, è una giustizia semplice, un perfetto dovere. I difensori dei diritti dei creditori ne saranno meno urtati; il distacco, a dir così, dei due ordini di prescrizione è meno sensibile, meno assoluto; e le diverse opinioni trovano più facilmente il modo di avvicinarsi e di armonizzare. Noi lo vedremo nel progresso del discorso.

592. Intanto prima regola certa, che l'eccezione della prescrizione quinquennale non è opponibile che ai terzi; i soci nelle rispettive loro controversie non possono invocarla.

Non è malagevole difendere la legge da supposti inconvenienti e contraddizioni. E se mai vi fu risposta decisiva, si offre alla evidenza deducendola dalla savia temperanza dei nostri ordinamenti. Il creditore provoca contro un individuo della società un'azione che si direbbe anche senza confini. *A.*, commerciante, che col tempo ha accumulato una discreta fortuna, fece parte di una società che si è di poi liquidata al passivo. *C.*, gran banchiere di Londra, rimase in credito di un milione. Quel credito, diviso sulla testa di cento soci, non è che di 10,000. Se dopo 29 anni il banchiere *C.*

(1) RÉAL, TREILHARD, BIGOT DE PRÉAMENEU, SÉGUR, DÉFERMON.

(2) REGNAULT DE SAINT-JEAN D'ANGÉLY, CRÉTET, BEGOUEN, JAUBERT.

(3) *Toutes actions* contre les associés non liqui« dateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause « sont prescrites... ».

(4) Questa parte della disposizione è tolta dall'articolo 69 del Codice di commercio albertino.

Digitized by Google

percuote il debitore soltanto nel suo quoto, egli potrà soddisfarlo; se per tutto il debito, lo manda in esterminio, lo annienta. All'incontro, supponendo che il socio abbia pagato in parte il debito dei consoci, se dopo cinque anni agisca pel rimborso, egli si limita al proprio e singolare interesse, non può chiedere di più (1). La cosa è ben diversa.

Si aggiunge che non poche eccezioni possono opporsi da socio a socio che non avrebbero sussistenza in faccia ai terzi. D'ordinario l'azione di regresso si attua per istanza del socio liquidatore, che, segno principale alle persecuzioni dei creditori, ha dovuto pagare anche per gli altri. Ebbene: percuotendo questo o quel socio per ricuperare la parte che gli spetta, potrebb'essere respinto da molteplici eccezioni dilatorie proprie della situazione: non avete reso il conto; siete colpevole di negligenza, ci avete recato dei pregiudizi, e via discorrendo. I fatti rientrano in tali proporzioni che più non milita la stessa ragione per abbreviare il tempo. Poi sarebbe impossibile non permettere dopo i cinque anni l'azione del liquidatore *pro socio*, mentrechè quella di rendiconto, diretta e contraria, sorpassa di molto questo termine, e suol venirne di conseguenza il bisogno di esercitare le azioni sociali.

Nè solo i soci, ma eziandio i terzi, hanno libero lo spazio del trentennio per valersi dei loro diritti contro i soci *per le loro quote*. Questo chiaro disposto dell'art. 173 è quello stesso dell'articolo precedente con altre parole: se i soci non si liberano che dalla solidarietà, è palese che ciascuno risponde sino alla fine del proprio debito (2).

593. Gl'incaricati dello stralcio raccolgono le attività sociali per distribuirle. Essi ne rispondono ai creditori ed ai soci sino al termine della prescrizione ordinaria, come tutti i mandatari e gestori delle sostanze altrui. L'articolo 173 ha espresso con molta chiarezza che la loro obbligazione versa nel render conto di ciò che hanno ricevuto, e *sino alla concorrenza dei fondi indivisi che ancora esistessero* (3).

Bisogna ricordare alcune massime altrove dichiarate (agli art. 168, 169), che si compendiano in queste. Pendente la liquidazione i soci non esercitano, generalmente parlando, azioni singolari: gl'incaricati allo stralcio li rappresentano non tanto in qualità di mandatari, che di amministratori. I creditori non legati da questa rappresentanza che non li riguarda, possono valersi dei loro diritti contro i suoi debitori in tutta la estensione che loro appartiene. Si dirigono eziandio contro gli amministratori, o perchè le condanne ottenute contro di essi facciano stato contro tutti e singoli i soci; o per averli sequestratari e depositari della sostanza nel loro interesse. Ed ecco infine ciò che costituisce il debito dei liquidatori. Essi non potranno mai cessare la loro responsabilità che con un perfetto rendiconto o colla restituzione dei residui.

Poichè questo *jus singulare* sembra rannodarsi intorno a un punto saliente, la liquidazione, in quanto esistono ed operano effettualmente persone investite di tale ufficio, è ovvia la ricerca, se non essendo in tal modo istituita l'opera della liquidazione, i soci siano nonostante favoriti dalla prescrizione quinquennale, quasi dipendente da quel fatto che sotto questo rispetto avrebbe carattere di condizione.

Generalmente si è creduta indispensabile a questo effetto non già la liquidazione, ma la modalità, la forma di essa o la persona del liquidatore che la riassume e la compie. Più chiaramente; *se la liquidazione è fatta dai soci medesimi in comune*, per essi è perduto il benefizio della prescrizione (4).

Non essere la nomina o l'esercizio di uno o più liquidatori condizione scritta nella legge affinchè i soci possano godere della prescrizione, confessarono gli espositori del Codice francese; ma la ragione della legge li persuase, e la natura delle cose, come dicevano

(1) L'azione fra soci non è solidale, siccome è noto.

(2) Fu sempre la giurisprudenza delle Corti di Piemonte. Per un saggio, vedi la decisione 3 maggio 1861 della Corte d'appello di Torino (Collezione Caveri, vol. II, pag. 512).

(3) Cito volontieri una bella sentenza del Tribunale di prima istanza di Livorno del 7 giugno 1861 (Collezione Caveri, vol. I, part. II, pag. 666) a saggio della giurisprudenza toscana: che il mandatario per ultimare le operazioni dello stralcio non risponde che di quanto diligentemente ha potuto riscuotere e realizzare.

(4) BÉDARRIDE, num. 691; TROPLONG, num. 52; MERLIN, *Des sociétés*, quest. de droit, § x, col. 2; BRAVARD, pag. 99; DALLOZ, *Répertoire*, v° *Sociétés*, num. 1072. Da ultimo ALAUZET (num. 292) cita un passo di TROPLONG, che arriva *forcement* sino a sostenere la sentenza ora mentovata: ALAUZET la rigetta con parola d'oracolo — *nous n'admettons pas cette regle* — e passa oltre. DALLOZ cita come conforme la dottrina di quest'ultimo autore, quantunque contraria.

Digitized by Google

essi (MERLIN, luogo citato). Si vede bene che la legge non favorisce i soci se non perchè hanno saputo sbarazzarsi della liquidazione ed affidarla a un mandatario speciale. La differenza di trattamento (aggiunge BÉDARRIDE) muove da ciò, che i *non liquidatori* si sono già spogliati del possesso delle sostanze sociali; valori e libri, e documenti. e fondi comuni, tutto fu versato nelle mani del liquidatore; egli solo, custode, depositario e responsale; ma se mi date i soci possessori di tutto questo, in che differiscono da lui?

Apriamo il Codice italiano. Meno che mai troviamo fatta ai soci la condizione negativa della liquidazione. Vero è però (e non dissimulo l'obbietto) che i soci liquidando diremo in comune (senza speciale incarico a persona, ma contribuendo ognuno per lo meglio alla operazione), possono senza improprietà chiamarsi liquidatori; la legge non li obbliga a fare altrimenti, ed esercitano una loro facoltà (1). Sarebbe nondimeno spiccare un salto, anzichè fare un passo, trascendere alla conseguenza che i soci perdono il beneficio che loro imparte l'articolo 172. A tale conclusione si contrappone la lettera non di un solo ma di due articoli di legge. Quello ora citato, che detta una disposizione semplice, positiva, incondizionata. E l'articolo seguente. La legge parla espressamente degli *incaricati allo stralcio*, che non sono, a prova di linguaggio, i soci operanti in comune la loro liquidazione. Vi è certo molto di più in quella espressione; doveri particolarmente assunti; un uffizio concentrico ed esclusivo; una rappresentanza grave di responsabilità. Contuttociò è ragione assai valevole, tratta dallo spirito, che la legge abbia voluto tenere in conto il possesso dei beni sociali che reclamando di continuo alla coscienza del possessore, non acconsente una sì breve prescrizione. Io accetto volontieri questo proposto, ed ecco come vengo a concludere.

La nostra legge discerne letteralmente i soci dagl'incaricati allo stralcio; convien d'egual maniera distinguere l'azione promossa. Se l'azione è promossa contro tale che l'attore suppone un incaricato allo stralcio, e in tale qualità è chiamato a rispondere, il convenuto si difende rimuovendo da sè la qualità che gli è attribuita; e sa che prima di questo egli non può allegare la prescrizione quinquennale; ovvero dimostra di avere reso il suo conto e restituiti o soddisfatti i residui. È in qualità di socio che Tizio, dopo i cinque anni (2), viene citato per rispondere oltre il suo quoto personale e come solidale di altri consoci. Egli oppone la prescrizione pel resto, e si concentra nel proprio quoto. Replica l'attore ch'egli è stato fra i liquidatori; che non gli compete la eccezione. Ma se la liquidazione venne fatta in comune e senza potersi distinguere quale dei soci ha operato più particolarmente, raccogliendo i materiali dell'azienda, amministrando, realizzando (che infine sarebbe opera di stralciario), in tal caso l'attore non ha replica contro l'eccezione della prescrizione, se non provi *che il socio ritiene cose ed effetti della società* di cui non ha dato conto; e soltanto in questo modo può paralizzare l'eccezione.

Pertanto a noi non conviene abbracciare la teoria francese (sopra enunciata), che sarà eccellente per quei paesi, ma non si attaglia alle odierne nostre leggi. Noi non possiamo prendere in massa i soci, gli azionisti, che fecero di buon accordo il loro riparto e le loro assegnazioni, e respingerli, come un battaglione compatto, dal beneficio della prescrizione in pena del loro operato. L'articolo 173 è veramente illustratore della materia. Noi vediamo ben definiti i confini della responsabilità dello stralciario. Egli non è attaccato personalmente se non per render ragione dei suoi fatti relativi all'amministrazione, o provenga dal possesso mero delle cose sociali, o dall'abuso che ne abbia fatto. L'incaricato dello stralcio non sarà mai citato onde sia costretto a portare sulla persona i debiti dei consoci, posto ch'egli pure lo sia: ma solo per rispondere nella sua veste di amministratore. Non avviene dunque mai che la eccezione di prescrizione possa confondersi, ed essa spicca, per così esprimermi, dal fondo dell'azione; dipende dall'indole e natura di essa, dal suo indirizzo, dal suo scopo.

594. Da cosa nasce cosa, e da una teoria ne viene un'altra. Il principio che l'opera dello stralcio dev'essere assolutamente staccata dal corpo sociale, ha condotto a dire, che *quando il liquidatore è un estraneo alla società*, i soci sono privati del beneficio della prescrizione (3).

Tre argomenti si adducono: 1° La legge

(1) E si suole nelle società ristrette a pochi individui.

(2) Vedremo più sotto da qual punto decorre questa speciale prescrizione.

(3) BÉDARRIDE, n. 692; DALLOZ, *Répert.*, n. 1671; Corte di Rouen, 24 marzo 1817.

Io veramente non ho trovato come sia legittima la deduzione; nonostante me ne riporto all'autore

Digitized by Google

suppone che i soci in generale siansi spogliati e dell'ufficio di liquidatori e del possesso di ogni sostanza sociale, laddove i soci-liquidatori possono disporre di tutte le risorse per toglier via il passivo. Sono due circostanze che si direbbero due condizioni, le quali devono concorrere insieme per verificare l'applicazione dell'articolo 64, e qui non concorrono; 2° È una posizione dura quella che vien fatta dal detto articolo ai creditori sociali che allo spirare del quinquennio hanno perduta ogni azione contro i non liquidatori (1). Or bene: la posizione diviene meno acerba per questo, che almeno essi conservano il complesso delle loro azioni contro il liquidatore. Ma se il liquidatore è fuori della società, se non è un socio responsabile, il savio temperamento cade, e la legge non ottiene il suo scopo, perchè l'estraneo non ha veruna obbligazione personale; 3° Che è un liquidatore estraneo? Un mandatario puro e semplice. In effetto, sono i soci che amministrano; sono i soci che liquidano e ritengono tutta la sostanza sociale.

Mi si permetta una brevissima digressione. Noi italiani finiremo coll'intenderci, io spero: voglio dire, sentiremo sempre più la necessità di applicarci a ricomporre colle nostre mani la dottrina, facendo bensì tesoro delle ricchezze che ci vengon di fuori; ma senza darci a credere per questo che noi nuotiamo nell'abbondanza di tutte le verità giuridiche perchè ne abbiamo larghi dispensatori gli stranieri che sono più dotti, e soprattutto più studiosi di noi. Io, nella mediocrità mia, e nell'amor grande pel mio paese e per la scienza, tentai dimostrare quanto ci noccia anche questa specie di servitù straniera, scrivendo il *Trattato dell'azione penale*, ove mi parve di dover rettificare non poche teorie francesi. Io debbo ringraziare i miei concittadini di aver resa giustizia alle mie intenzioni; ma vorrei che altri più valenti di me prendessero l'aringo, con quell'animo costante, con quella pazienza di tutti i giorni, e quasi di tutte le ore, che è dote ai tedeschi comune, a noi rarissima. — Torniamo in cammino.

Rispondo ai tre argomenti. A me sia lecito di non vedere nell'articolo 64 del Codice di commercio francese la duplice condizione, mentre una sola vi si scorge: che *i soci non siano liquidatori*, per godere dei vantaggi della prescrizione eccezionale. A me sfugge il *trait-d'-union*, il nesso fra il liquidatore e i membri della società, in virtù del quale il liquidatore debb'anche avere la qualità di socio. Ma se non fosse un socio, dicesi in secondo luogo, i creditori ne risentirebbero grave nocumento; la loro posizione, già triste, diverrebbe peggiore, non potendo colpire un estraneo liquidatore se non pei fatti della sua gestione, e non personalmente pel debito sociale. Rispondo. La legge volle dare, e diede in effetto un tempo assai congruo: cinque anni sono lunghi per un commerciante; se dopo tanto silenzio è giunto a non potere esercitare diritti che sui beni della società detenuti dal liquidatore, è forse per questo che la legge non ottiene il suo scopo? (2). Se le osservazioni non sono convincenti rapporto a questi due punti, il terzo argomento è un cattivo sofisma del quale veniamo ad occuparci, affrettandoci di rientrare nel tema di attualità, che è quello delle leggi nostre.

Quanto a noi, l'obbiezione non è neppure possibile. Si è notata superiormente la perfetta separazione che ci arreca la nuova legge di commercio fra i soci pei quali è scritto l'articolo 172, e gl'incaricati allo stralcio dei quali non si fa ragione che nell'articolo seguente. Niuna legge ha mai fatto un obbligo al liquidatore di mostrare la patente di socio; noi sappiamo di più, che gl'incaricati allo stralcio (che possono benissimo esser soci) in tale loro qualità, non rispondono ai creditori e ai soci che *sino alla concorrenza dei fondi indivisi che ancora esistessero*. Se si lascia morire il quinquennio, i creditori non si trovano avere che due azioni: quella contro i soci pel debito diviso; quella contro i liquidatori pel debito della gestione. Ecco tutto. Non sarà mai per confondersi l'una coll'altra azione; i creditori non hanno veruna risorsa a sperare perchè il liquidatore riunisca anche la qualità e i doveri di socio.

E non hanno nulla a perdere se l'incaricato allo stralcio è un estraneo, per la prefata ragione che non ne conseguirebbe utilità maggiore se fosse socio.

Che gl'incaricati allo stralcio non siano che i mandatari dei soci, questo che vale? Vi darà l'animo di confondere mandatario e mandanti nella podestà e nell'esercizio della liquida-

della teoria: « Il est d'abord à remarquer que cette « solution s'induirait, *de quelque sort*, du texte « même de l'article 64 » (ivi, num. 692).

(1) Così per la legislazione francese: ho mostrato al precedente numero come la nostra se ne diparta sostanzialmente.

(2) Lo scopo è l'interesse del commercio, che certamente non si vantaggia di pendenze troppo prolungate.

zione? Le persone dalle quali teniamo l'autorità, non la dividono mica con noi: così i municipali eleggono il sindaco, ma il sindaco agisce, entro le proprie attribuzioni, indipendentemente da loro e con responsabilità proprie. È questo un particolare mandato colla cui emissione il mandante si spoglia delle proprie facoltà; ne investe un terzo, di maniera che, nel maggior numero dei casi, non può più riprenderle (n° 590). Al postutto, l'esercizio dei liquidatori è così distinto, così evidente e solenne, che non si può mai correre indietro a percuotere coloro che lo hanno nominato, comechè mal versasse nella sua gestione.

595. Eccoci ad un'altra questione, che non deve omettersi, ma che, grazie alla bontà delle nostre leggi, è di poco interesse per noi. Faremo di restringerla in poche parole.

Quando il liquidatore è un socio, la prescrizione è forse di trent'anni per tutte le obbligazioni di cui è gravato nell'una e nell'altra qualità senza distinzione?

Malgrado la contrarietà di autori gravissimi (1), altri si pronunciano in senso affermativo.

La legge, dicono i propugnatori di questa seconda opinione, non accenna a veruna particolare prescrizione *nel caso misto* di un liquidatore-socio. Ciò basta perchè abbia luogo la prescrizione ordinaria e comune. Intanto si concede che il socio-liquidatore che dovesse pagare tutto il debito, potrebbe rivolgersi contro i soci, anche passato il termine dei cinque anni, ma solo per le singole quote (2). Così sotto l'impero della legislazione francese.

Noi raccogliamo soltanto quest'ultima idea, e conveniamo che se nel corso del quinquennio, e durante la solidarietà, alcuno dei soci, liquidatore o no, soddisfece ai debiti comuni, egli può esercitare le azioni di rimborso anche dopo i cinque anni, contro gli individui della società singolarmente. Per noi la riunione della qualità (n° 595) di socio nel liquidatore, non produce la menoma complicazione. Come socio è liberato dalla solidarietà dopo i cinque anni; come liquidatore, rimane esposto sino alla prescrizione lunghissima, ma dentro i limiti segnati dall'articolo 173.

Queste osservazioni, dedotte dalla presente legislazione, sciolgono anche la questione che suole sollevarsi rispetto agli accomandanti (3). L'articolo 172 è inapplicabile. I soci accomandanti non sono tenuti che per la loro quota, ossia pel capitale promesso (articolo 121); per essi non ha luogo la prescrizione quinquennale, non essendo legati da solidarietà con altri debitori. L'articolo 172 non si applica che *ai soci di società in nome collettivo.*

—

596. La prescrizione dei cinque anni decorre contro *i minori*, *i militari e gl'interdetti* (articolo 172, capoverso): e dichiarandolo, la nostra legge ha soddisfatto un desiderio della giurisprudenza.

Vi fu già discussione nel Consiglio di Stato francese: nulla si decise, e nacque l'art. 64 (del Codice di commercio francese), il quale presentava agl'interpreti più rigorosi quelle prime parole — *toutes actions..... sont prescrites*, ecc.; e con ciò solo porgeva argomento alla universalità del disposto (4). Pardessus sostiene questa opinione; un po' si appoggia nel Codice civile, e trova che l'articolo 2278 aveva passato il grado, estendendo la prescrizione di breve termine anche ai minori e agli interdetti; un po' scarta la legge civile, e dice che « les transactions commerciales sont assujetiés à des règles particulières qui sont établies par les lois du commerce » (5). Chechessia, la opinione di Pardessus è generalmente ricevuta.

Vi era, io credo, un motivo più forte tratto dalla varia indole ed essenza delle prescrizioni. Il legislatore non si risolve mai a restringere in angusti spazi l'esercizio delle azioni creditorie senza esser mosso da gravi cagioni d'ordine pubblico. Ponendo mente, noi le ravvisiamo assai fulgide nella presente disposizione che intende sciogliere legami che coll'andar del tempo diventano insopportabili. Veramente la solidarietà soverchiamente protratta è una catena di ferro che lega cento individui fra loro, e comprime ogni ardimento commerciale; la legge ha voluto restituire questa massa d'uomini alla loro libertà, all'industria, al commercio. Dal principio che *le prescrizioni brevi sono consigliate al legislatore da cause generali*, ne segue che, rapporto a questa, non si conoscono persone privilegiate: i minori, gl'interdetti vi soggiaciono,

(1) Pardessus, num. 1090; Vincens, pag. 372; Malpeyre e Jourdain, num. 545; Dalloz, *Répert.*, v° *Sociétés*, num. 1068.

(2) Troplong, num. 1051.

(3) Può vedersi in Bédarride, num. 686; nel *Journal du Palais*, 1855, I, p. 430.

(4) Così Locré, *sibi contrarius*, commentando l'articolo 189 di quel Codice di commercio; mentre parve altro sostenere (tom. XVII, p. 272).

(5) *Des lettres de change*, num. 551.

Digitized by Google

come tutti gli altri cittadini. Fra due cause che reclamano il favore del legislatore, l'altra si è trovata prevalente; così l'articolo 2143 del Codice civile, così l'articolo 172 del Codice di commercio si uniscono a dichiarare che eccezione di persone privilegiate non è ammessa. Per contro quando trattasi di prescrizione lunghissima, la regola negativa le favorisce (articolo 2120) (1): nè sgomenta il tempo che si aggiunge per effetto delle sospensioni legali. Evidentemente, nella prescrizione dei trent'anni l'elemento del diritto privato è principale.

Certo i nostri maestri, sotto una legislazione ambigua, avrebbero potuto aggiungere una ragione così preponderante alla loro dimostrazione. Quanta rilevanza attribuisca il legislatore al disposto dell'articolo 172 è comprovato dal capoverso. Noi incontriamo per la prima volta *i militari in attività di servizio in tempo di guerra*. Niun'altra posizione meriterebbe di più i riguardi della legge. È però da considerare, che non trattasi di sorprendere, per così dire, il militare nelle supreme distrazioni del campo con qualche obbligazione impreveduta. In questo caso, il militare è un creditore di titolo commerciale che non può aver dimenticata la sua azione, e poteva facilmente affidarne ad altri l'incarico.

597. Vogliamo esaminàre il punto di partenza della prescrizione.

Il punto è duplice, secondo il nostro articolo. La società ebbe un termine stabilito e finisce in quello? È allora che comincia a decorrere pei soci debitori il tempo utile alla prescrizione. Il disposto è in tutta relazione coll'articolo 163, capoverso penultimo, che ci esonera dalla pubblicazione: *dies interpellat pro homine*. Ma perchè simile effetto si ottenga, è d'uopo che l'atto originale sia stato *depositato, affisso*, ecc., secondo l'articolo 158 (2). Se l'atto non *determina la durata*, deve risultare dello scioglimento mediante le ordinate formalità.

Io credo però di non essere meno rispettoso a questa buona legge annotando che per essa non è decisa colla necessaria chiarezza l'antica questione, se *dal dì dello scioglimento* della società, ovvero dall'ultimo in cui si compiono le formalità della pubblicazione, cominci a decorrere il termine della prescrizione.

Essendo l'articolo 172 (parte prima) copiato dal 64 francese (3), sono adunque possibili le stesse questioni. DÉLANGLE, uno dei vanti del pubblico Ministero in Francia, sosteneva che la prescrizione doveva cominciare dallo scioglimento reale della società; la Corte di cassazione decise, al contrario, ch'essa non comincia che dal punto in cui *tutte le formalità* della pubblicazione sono compite (24 novembre 1845, *Journal du Palais*, 1845, tom. I, pag. 673). Le considerazioni della Corte furono queste. Che lo scioglimento di una società, anzi termine, dev'essere annunziato al pubblico; che d'allora soltanto i terzi, avvertiti, hanno podestà di esercitare le loro azioni (valent agere). Questa ragione fondamentale è anche la nostra. Il testo però, come io diceva, ha bisogno d'interpretazione.

« Trascorsi cinque anni *dallo scioglimento della società* », ivi è scritto: e parrebbe dar ragione al sentimento di DÉLANGLE. Seguitando però il testo mette condizioni — SE *l'atto che ne determina la durata, o l'atto di scioglimento è stato depositato*, ecc. (4). Ma ben s'intende che altro è che l'atto dissolutivo della società non debba segnare il punto di partenza qualora non sia stato depositato, affisso, pubblicato; ed altro è che, perfette codeste solennità, non si possa tuttavia partire dall'atto di scioglimento, ma invece si debba dall'ultima formalità eseguita. Non la lettera della legge, abbastanza confusa, ma la ragione ci guida a mettere in saldo una distinzione, e così colla virtù dello spirito riformare la lettera. A noi pertanto è come se l'articolo si esprimesse in questo modo. = Se la società finisce al suo termine naturale, dato che l'atto sociale sia

(1) Questo concetto non è nostro, ma di tutte le legislazioni: tutte divisero questo modo di sentire e di apprezzare il vario carattere delle prescrizioni.

(2) Osservate che i richiami si limitano agli articoli 158 e 161. Difatti sono quelli che dispongono rapporto alle società *in nome collettivo e in accomandita semplice*; e pei fatti di codesta società, soltanto riceve applicazione l'articolo 172, come si è detto di sopra (num. 595). Ma denno intendersi implicitamente richiamati gli articoli 159 e 162, in quanto riguarda le società della detta categoria; e si doveva certamente rammentare l'articolo 163.

(3) In grazia del quale venne abbandonata la redazione dell'articolo 69 del Codice di commercio albertino, che doveva esser meglio arrotondato, ma era più chiaro.

(4) Io ho inteso che se la società finisce in termine, non è mestieri *la seconda pubblicazione*, cioè quella concernente lo scioglimento, come altre volte fu dimostrato, ragionando sull'articolo 163. In tal caso il richiamo degli articoli 158 e 161, ad esclusione dell'articolo 163, sarebbe esatto.

Digitized by Google

stato regolarmente pubblicato in principio, la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui la società finisce. Se invece la società si scioglie per una di quelle cause per cui si rende obbligatoria la formalità del deposito, dell'affissione, ecc., giusta l'articolo 163, solamente dal giorno in cui tali formalità saranno compiute, comincia a decorrere la prescrizione (1).

Niun dubbio che se lo scioglimento della società non fosse immediato ma protratto ad epoca successiva, o dipendesse da condizioni, si dovrebbe fare un altro discorso. Se il termine è fissato (per esempio sei mesi), e la società entro quello sciolgasi in effetto, non essendo necessaria altra pubblicazione, il corso della prescrizione comincierà da questo ultimo punto. Se lo scioglimento è condizionato, non ha veruna influenza sul decorso della prescrizione quinquennale; una condizione da verificarsi è sempre un problema di cui il pubblico ignora la soluzione, finchè non gli sia stata manifestata (2). Sempre dall'ultima pubblicazione il tempo comincierà a decorrere.

L'articolo 174 prevede un altro caso. Che *la scadenza del credito sia posteriore allo scioglimento della società*. Lo scioglimento non è il fallimento, non rende cioè esigibili i crediti: nuova applicazione del principio — *contra non valentem agere non currit præscriptio*.

598. In non poche combinazioni dei soci vengono esclusi (articolo 125), altri si ritirano; la società continua nonostante; vero è per altro che rispetto ad essi la società è finita. È forse applicabile al caso loro l'articolo 172? Osserviamo alcune ipotesi.

a) *Il socio viene escluso*. La sua esclusione *non produce scioglimento della società*, dice il noto articolo 125: mancherebbero i termini di confronto coll'articolo 172, e sarebbe chiaro l'inferirne, che costui non può allegare la prescrizione quinquennale per liberarsi dalla solidarietà che lo stringe per tutti i debiti anteriori alla registrazione e pubblicazione dell'atto o sentenza che lo condanna ad essere rimosso (articolo suddetto).

Io veggo che in questo caso l'articolo 172 non può trarsi ad applicazione non tanto per le parole, quanto piuttosto per la ragione da cui è animato. L'espulsione del socio è una pena; e avendola meritata, non ha potuto formare a se stesso una condizione di favore, e sino ad un certo punto migliore di quella degli altri soci, osservanti d'ogni dovere. Essi denno ancora sostenere a tempo indefinito la solidarietà degli impegni sociali: soltanto il socio espulso conterebbe una misura più limitata di tempo, e dopo cinque anni si troverebbe ridotto al suo debito personale. Perchè questa dannosa mutazione dei loro diritti dovrebbero risentire i terzi? Qual nuovo rapporto giuridico sarebbe nato per comprovarne la giustizia?

b) *Recesso volontario*. Suppongo che un socio abbia potuto ritrarsi dal consorzio col beneplacito de' suoi confratelli, e con una condotta pienamente regolare. Il recesso è stato anche fatto manifesto al pubblico colle forme dell'art. 163. Che perciò? Dato che a niuno è lecito di rendere meno gravi le proprie obbligazioni con atti di mero comodo, il dissociato dovrà rimanere nella solidarietà per tutti i debiti già contratti nella sua vita sociale; e seguirà la sorte comune. Anche per lui la prescrizione di minor tempo comincierà dallo scioglimento di quella società che ha abbandonata.

c) *Recesso stipulato*. Non è nuovo che accostandosi taluno ad una impresa sociale, stipuli la facoltà di uscirne a un tempo fisso. Questa condizione è stata pubblicata. In capo ai due o tre anni stabiliti nell'atto sociale, quel Tizio parte dalla società con un certo carico di obbligazioni che ha in comune coi suoi consoci. Se i creditori aspettano cinque anni, benchè già scadute le obbligazioni, trascorso questo termine, Tizio sarà ancora sotto il peso di una responsabilità solidaria, o potrà invocare la benefica disposizione dell'art. 172?

Cominciamo dallo stabilire che la lettera del testo non ci fa ostacolo. *Scioglimento*, se non totale, parziale almeno è avvenuto della società; le formalità consuete l'hanno reso noto al pubblico (3). Veramente per questo socio l'ultimo termine della sua coesistenza sociale è venuto; ed egli non deve attenderne un altro. Per lui la dissoluzione totale del corpo sarà cosa indifferente come quella che punto non lo riguarda. La sua previdenza, il patto che ha stipulato, gli devono valere per qualche cosa. Potete immaginare una società illimitata per tutti fuorchè per lui. Egli ha detto, fate pure liberamente e finchè vi piace il vostro commercio di assicurazioni ma-

(1) L'articolo 69 sopra citato diceva: « I soci sono liberali, ecc., trascorsi che siano anni cinque *dal giorno in cui la società è finita, o dal giorno in cui l'atto di dissoluzione è stato rimesso, affisso*, ecc. ».

(2) Come lungamente si è discusso all'art. 163.

(3) Fors'anche si direbbe non aversene necessità, stantechè l'atto primitivo preveniva l'evento: ma il caso essendo difficile, non è di troppo il presentarlo nella sua miglior condizione.

rittime; quanto a me, assaggiata la fortuna delle onde per tre anni, intendo di tornarmene in porto. La mia carriera è finita. Ed è finita rimpetto ai consoci, ed ai terzi al suo termine naturale e preconosciuto. Se i creditori non si curano di chiedere il pagamento dei loro crediti pel corso di cinque anni, o per negligenza, o per visto di affari colla società, tanto è: il debitore è liberato dalla solidarietà, con perfetta applicazione dell'articolo 172.

Deposta quest'idea sulla carta, ho consultato gli autori. BÉDARRIDE dice senz'esitanza: « Il y a donc dans la retraite *d'un seul associé* « et une liquidation et une dissolution, et l'une « et l'autre, nous l'avons-dit, sous une des « conditions essentielles de l'application de « l'article 64 » (n° 690). Se non che le cose da noi esposte dimostrano che la proposizione è troppo generale; generalità che inchiude due grandi errori, perchè nelle due prime ipotesi la teoria è inammissibile (1).

599. *Dell' interrompimento della prescrizione.*

Dichiara l'articolo 2125 del Codice civile in qual modo s'interrompe civilmente il corso della prescrizione: segue l'articolo 2130: « Gli « atti enunciati nell'articolo 2125 intimati ad « uno dei debitori in solido, o la ricognizione « del diritto fatta da uno di questi interrom- « pono la prescrizione contro gli altri, e anche « contro i loro eredi » (2). Si domanda se l'articolo suddetto sia applicabile a quest'ordine di prescrizioni; e qual valore abbiano le parole terminative dell'articolo 172 — *se osservate tali formalità, non fu proposta* CONTRO DI ESSI (soci) *domanda giudiziale.*

Bisogna attribuire alle citate ultime parole dell'articolo 172 una importanza tutta particolare dopo l'abolizione dell'articolo 69 del Codice di commercio albertino, nel quale non si leggeva verbo intorno al modo della interruzione. Siamo ritornati, come notai altrove, alla redazione pura e semplice dell'articolo 64 del Codice francese (3). Quella espressione si è stimata sufficiente a porre una regola indipendente e propria di questa situazione commerciale. È della natura del *solido* colpire il tutto nella parte come il tocco di una corda tesa in un punto qualunque la fa vibrare intera. La natura delle cose non è sconosciuta dal nostro articolo 172. L'azione promossa dal creditore contro uno dei debitori solidali prima del trascorrere dei cinque anni, *conserva il credito verso tutti*; nè si potrebbe altrimenti senz'autorare una specie di petizione di principio; la legge avrebbe cominciato dallo stabilire che la solidarietà dell'azione è perduta prima dello spirare del quinquennio. La discretiva — *se la domanda giudiziale non fu proposta* CONTRO DI ESSI, significa che la domanda giudiziale non interrompe la prescrizione se rivolta contro gli amministratori, i direttori, gl'incaricati dello stralcio: benchè non privi di abito rappresentativo per quanto concerne la liquidazione, come si ebbe a dire più volte (4). Disposizione che è un aumento di

(1) Codice di commercio generale per la Germania, attivato in Prussia il 24 giugno 1861, articolo 146 (traduzione inedita del chiarissimo commendatore LAUTERI, gentilmente favoritami): « Le « azioni contro un socio nascenti da diritti verso « la società si prescrivono in cinque anni dopo lo « scioglimento della società, *dopo la di lui uscita o* « *la di lui esclusione dalla medesima*, sempre che « per la natura del credito non abbia luogo per « legge un più breve termine di prescrizione ».

Tre osservazioni: 1° La legge germanica adotta la prescrizione del credito all'uso francese; 2° Prevede il caso dell'uscita, e vi comprende *anche quello della esclusione*, che noi con altra legislazione non abbiam creduto di accondiscendere; 3° Eccettua le minori prescrizioni; riserva che nella nostra legge deve aversi per virtualmente compresa.

(2) Prosegue l'articolo 2130: « Gli atti stessi in- « timati ad uno degli eredi dei debitori in solido, « o la ricognizione del diritto fatta da questo erede, « non interrompono la prescrizione riguardo agli « altri coeredi, quantunque il credito fosse ipote- « cario, se l'obbligazione non è divisibile. — Tali « atti o ricognizioni non interrompono la prescri- « zione riguardo agli altri condebitori in solido « che per la parte di debito a carico dello stesso « erede. — Per interrompere totalmente la prescri- « zione riguardo ai condebitori in solido si ri- « chiede la intimazione degli atti summentovati a « tutti gli eredi del debitore defunto, ovvero la « ricognizione per parte di tutti questi eredi ».

(3) ..... « *Si depuis cette formalité remplie, la pre-* « *scription n'a été interrompue a leur égard par aucune* « *poursuite judiciaire* ». Io non alludo che a questa parte che concerne la interruzione; siamo già consci che il nostro articolo reca la variazione sostanzialissima per cui non si prescrive che l'azione solidaria.

(4) È l'avviso di TROPLONG: « Dans la situation « reglée par l'article 64 du Code de commerce, la « prescription n'est pas interrompue à l'égard des « associés non liquidateurs *par les poursuites di-* « *rigées contre l'associé liquidateur;* elle ne peut « être interrompue que par des poursuites régu- « liers *intentées contre les non liquidateurs directe-* « *ment* » (num. 1050).

Questo sistema è interamente rovesciato nel Codice prussiano (articolo 148). « La prescrizione a

Digitized by Google

favore; mira a separare viepiù la posizione di socio da quella di liquidatore, e togliere a questo ultimo ogni potere di nuocere come se citato in rappresentanza dei soci in siffatta materia di obbligazione personale, male rispondesse. Stimo però di dover ricordare, che se il liquidatore è anche *socio*, la qualità di liquidatore non farebbe ostacolo acciò che il creditore non potesse convenirlo *come socio*, e così tener fermi nella solidarietà tutti gli altri secondo l'avvertenza che ho fatto di sopra, molto notevole.

Resta a vedere se la *ricognizione del diritto* fatta da uno dei debitori solidali interrompa questa prescrizione. Io non ho motivo per dubitarne. Conservare la solidarietà mediante atti giudiziali diretti a un solo fra più condebitori, o mediante l'agnizione di uno di essi, è un diritto dello stesso ordine. E pertenendo alla teoria generale della solidarietà, la legge non avrebbe potuto abolirlo in questo caso senza una dichiarazione espressa.

Domanda giudiziale è una citazione; non un altro atto qualunque. L'articolo 2126 e 2128 del Codice civile si applicano compiutamente.

Articolo 175.

La liberazione dall'obbligazione in solido non ha luogo nel caso di fallimento.

600. *Ragioni di questo disposto.*

Se quel socio che dopo il quinquennio ha pagato la sua quota al creditore legittimo sia al sicuro dal fallimento dei consoci.

---

600. La legge francese è contenta di un lustro di costante silenzio per esonerare i debitori commerciali da ogni obbligazione. Questa legge ha certamente il suo potente riflesso sul fallimento. E nel periodo della liquidazione, e appresso sino al compiersi dei cinque anni, la società che non paga può essere dichiarata in istato di fallimento, e con essa falliscono i soci riuniti in nome collettivo. Ma dopo quel tempo essi sono al coperto dal fallimento; conseguenza legittima della prescrizione. Non è questo il nostro sistema. Cessa dopo quel tempo la solidarietà dei debitori ma non il debito; e sapientemente questa legge ingiunge una limitazione *se avvenga il fallimento*, e s'intende sino a quando non si verifichi la prescrizione della obbligazione. Tre cause ben gravi mossero il legislatore: 1° Di non fomentare colla sua mitezza una funesta trascuranza, sicchè non pensandosi più a pagare si renda necessaria una dichiarazione di fallimento; 2° Che questo accadendo, il processo abbia quel carattere di compattezza e di unità che altrimenti non avrebbe; 3° Che i creditori possano prevalersi di tutte le risorse che derivano dalla inscindibilità del debito e dalla solidarietà dei debitori.

Non dissimulo che, malgrado la bontà di questa disposizione, può nascere una questione seria allorchè uno dei debitori che non fu mai molestato nel corso del quinquennio, abbia pagata la sua quota; al quale pagamento, nello stato in cui si trovavano le cose, egli aveva diritto di far corrispondere il saldo del creditore. Come! Il debitore che ha pagato; che ha pagato tutto il debito che si aveva diritto di chiedergli in quel tempo, sarà trascinato nel fallimento altrui? Il fatto è compiuto; il diritto è quesito, irretrattabile! In contrario si potrà osservare che la legge è generale; che niun caso viene eccettuato; che quelle ragioni d'interesse superiore dalle quali fu inspirato il legislatore, militano ad ogni modo; che il debitore deve sapere che il fallimento dei consorti lo respingerà nella condizione di dover pagare anche per gli altri; tale essendo il monito chiaro e preciso di questo articolo.

A me queste ragioni sembrano vere; la dimostrazione può anche farsi in modo più diretto. L'obbligazione in solido è della natura commerciale; e (meno il caso di prescrizioni speciali nascenti dalla qualità del debito, come il cambiario) dura trent'anni. La legge nondimeno tempera il suo rigore creando una prescrizione particolare, e che infine abbraccia ogni debito commerciale; e dopo cinque anni vi libera dalla solidarietà, in pena della negligenza del creditore, *purchè non segua il fal-*

« favore di un socio che allo scioglimento della « società apparlenga alla medesima, non viene interrotta *dagli atti giudiziari contro un altro socio,* « *ma bensì dagli atti giudiziari contro i liquidatori* ».

limento. Il favore accordato dall'articolo 172 non essendo che una limitazione del principio della obbligazione solidale, poteva essere accordato in quella misura che piacesse al legislatore, anche senza renderne conto alla nostra ragione.

Insomma il fallimento fa rivivere la solidarietà, che tanto meno diviene gravante quanto più i singoli debitori vengono soddisfacendo la loro quota di debito: l'articolo 175 può tradursi in questa formola: *purchè tutti paghino.*

Articolo 176.

Gli incaricati dello stralcio, i quali con propri danari abbiano pagato debiti della società, non possono esercitare verso i soci diritti maggiori di quelli che competerebbero ai creditori pagati.

601. *Considerazioni esegetiche.*

601. Si è voluto primieramente soddisfare un bisogno della redazione giuridica, dichiarando il diritto di ripetizione a favore dell'incaricato allo stralcio che potesse comprovare nel suo resoconto di aver pagato con danari propri debiti sociali, diritto che del resto poteva dedursi dai principii generali. La Relazione ministeriale ciò dichiara espressamente (1).

Senonchè, ponendo mente al tenore dell'articolo, sembra dettato con uno spirito di restrizione anzichè di favore: è certo la prima impressione che si prova leggendolo. Senza dubbio il legislatore poteva disporre in due modi diversi, secondochè avesse considerato lo stralciario come un terzo qualunque che paga col proprio un debito non suo (2), o semplicemente come l'amministratore della società. Pietro, stralciario o liquidatore, paga con danari propri lire 10,000 dovute a Paolo, creditore sociale, il quale aveva a condebitori solidali tutti i soci personalmente obbligati. Se Pietro paga come amministratore, paga estintivamente; egli non ha che a presentare la sua partita di credito nel conto; niun diritto esercibile contro i condebitori si trasferisce in lui; il debito si divide per quote a carico dei singoli soci nel riparto definitivo: questa è l'operazione naturale che ne consegue. Supponendo che i soci rimangano in debito e non possa effettuarsi la imputazione, Pietro, in qualità di stralciario e rappresentante l'interesse comune, li costringerà a pagare coi mezzi giudiziali, ma *singulariter* a ciascuno per la sua quota: tal è sempre il diritto di un socio verso un altro socio. — All'incontro, se Pietro che ha pagato col proprio le 10,000 lire è ammesso come un terzo pagatore del debito altrui, *egli è surrogato di diritto nelle azioni del creditore dimesso*, ed esercita le sue azioni. Questo è ciò che dice chiaramente l'art. 176, benchè sotto una certa forma retroattiva. Non può avere *diritti maggiori di quelli che competerebbero ai creditori pagati*, e s'intende facilmente; ma questi diritti li ha. Per conseguenza egli comparirà un creditore: sarà lo stesso creditore che si farà rimborsare dalla società (che *idem est* come nell'altro caso), ma se la società non avesse fondi per soddisfarlo, allora Pietro, pagatore surrogato *nei diritti del creditore*, agisce *con azione solidale* verso i condebitori.

(1) ..... « non omettendo di provvedere al caso in cui lo stralciario pagasse con proprii danari crediti della società, col surrogarlo nei diritti e nelle azioni del creditore soddisfatto ».

(2) Articolo 1253 del Codice civile.

Digitized by Google

CAPO II.

DELLE ASSOCIAZIONI

SEZIONE I.

Dell'associazione in partecipazione.

Articolo 177.

L'associazione in partecipazione è quella, con cui un commerciante dà ad una o più persone una partecipazione negli utili e nelle perdite di una o più operazioni, o anche del suo commercio.

L'associazione può aver luogo anche per le operazioni commerciali fatte dai non commercianti.

Articolo 178.

I terzi non hanno diritti e non assumono obblighi che verso colui col quale hanno contrattato.

Articolo 179.

I partecipanti non hanno alcun diritto di proprietà sulle cose cadenti nell'associazione, ancorchè da essi somministrate.

Il loro diritto è limitato ad avere il conto dei fondi che avessero dato e quello dei profitti e delle perdite.

602. *Preliminari. Della insufficienza dell'articolo* 177.
603. *Idea della partecipazione. Che il suo primo e più semplice aspetto fu quello dell'aggregarsi ad imprese commerciali da altri esercite, senza estrinseche manifestazioni, al solo scopo di avere una parte nei lucri.*
604. *Come di poi l'associazione in partecipazione abbia assunto un carattere proprio e sostanziale; ed ora abbia seggio fra le istituzioni commerciali.*
605. *Singolarità delle operazioni; esclusione dell'ente morale e distinto; necessità di tener fermo questo concetto negativo; e si dissipano opinioni contrarie.*
606. *Ma la solidarietà dei partecipanti è forse dedotta dall'utile impiego di somme prestate in quel negozio che è l'oggetto della partecipazione?*
O può essere dedotta da ciò che pubblico e conosciuto è il commercio comune in partecipazione?
607. *Di varie combinazioni nelle quali il criterio della singolarità e della irresponsabilità personale si modifica.*
a) *Prova del mandato;*
b) *Sottoscrizione in comune di obbligazione commerciale;*
c) *Altri mezzi dimostrativi della correità;*
d) *Compatibilità della partecipazione con un ufficio concentrico di direzione e di contabilità; podestà del direttore rispetto ai mobili di cui gli è dato il possesso.*
e) *Del dolo e della frode.*

Digitized by Google

608. *Delle note caratteristiche per le quali l'associazione in partecipazione si distingue dalla società in nome collettivo.*

Prospetto di opinioni dottrinali e di decisioni giudiziarie che tendono a restringere il campo della partecipazione.

609. *Di altre decisioni che si elevano a vedute più razionali.*

610. *La dottrina dei moderni è favorevole al sistema più esteso e liberale.*

611. *Quale sia il criterio decisivo da adottarsi perchè cessi una volta la confusione in cui si è involta la giurisprudenza.*

---

602. I legislatori che dal 1673 in poi sono venuti dettando nei loro Codici la nozione della società *in partecipazione*, ne hanno certamente avuta, quanto a loro, la idea sufficiente: io lo ammetto, ma dubito non abbiano saputo esporla: causa non ultima della imperfezione in cui si trova questo concetto, e del bisogno di applicarvi ancora osservazioni e studi.

Quel motto dell'antica sapienza — *omnis definitio in jure periculosa est* — ha avuto una conferma manifesta, onde chi ha detto meglio è stato quello che ha detto meno. L'Ordinanza che veniva a dir così, dalla storia, accettando i fatti quali il commercio universale li aveva formati, e prescindendo dai nomi (1), si restrinse a regolare questo contratto piuttosto nell'azione che nella idea. Secondo SAVARY, autore contemporaneo, questo modo di associarsi *non ha nome*. Veramente si dice *in partecipazione* quando mancano i caratteri più spiccati, più salienti, della società commerciale.

Venne il Codice di commercio del 1807, e nell'articolo 48 volle toccare della sua idealità. Si espresse adunque che — *ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce.* Gli altri Codici d'Italia presero dal francese e ricopiarono. Il Codice sardo del 1842 (Albertino) aggiunse qualche cosa con animo di riuscire a una certa precisione, ma fece peggio (2). *Tali associazioni sono relative ad una o più operazioni di commercio speciali e determinate* (articolo 59). Ultimo appare il nostro articolo 177. Al confronto ognuno scorge quanta distanza vi abbia da questa redazione alle precedenti. Dotta dell'esperienza, questa redazione aveva obbligo di esser migliore (posto che si credesse necessario il definire); ma ha il difetto delle altre: *è una definizione parziale.*

L'associazione in partecipazione può versare intorno *ad operazioni speciali e determinate*, ma può anche non versare; se la specialità e determinatezza delle operazioni è un sintomo della partecipazione, non è la sua ragione nè essenziale nè esclusiva. Molte e molte società in nome collettivo hanno ad oggetto operazioni speciali e determinate, e nondimeno sono tanto diverse! Il Codice attuale, messo da parte quel pensiero che ispirò tante decisioni ai tribunali (3), prende un altro lato del poligono; e non dico abbia errato, perchè ciò che si enuncia nell'articolo 177 è vero. Se *un commerciante* dà *ad una o più persone* una *partecipazione* negli utili o nelle perdite, senza dubbio costituisce *un'associazione in partecipazione.* Ma oltre il vizio, che non è piccolo, di comprendere nella definizione il definito, l'altro vi ha di esser un concetto del tutto insufficiente, non esprimendo che una delle combinazioni della partecipazione, laddove mille altre si formano diversamente; nelle quali un commerciante non invita dei partecipanti alla impresa da lui diretta e rappresentata, ma dove più commercianti (o anche non commercianti) mettono in comune le sorti senz'avere un nucleo principale a cui riferirsi (4). Una dizione inesatta che in altre

---

(1) La società in partecipazione si chiamò anche *anonima* in Francia (SAVARY, tom. I, pag. 568). Non troviamo però che siffatta confusione sia avvenuta in Italia, che in fatto di società commerciali maestra alle nazioni, ne sentiva chiaramente le differenze. Vedremo largamente come questo concetto sia vario e complesso: ma parte alcuna de' suoi molteplici aspetti non isfuggì ai nostri giureconsulti a partire dagli antichi romani (Leg. 19, 21 pro socio), e risalendo a quelli che presso noi ne trattarono, come ANSALDO, CASAREGIS, FONTANELLA, FABRO, DE LUCA, SALGADO, COSTANTINO, FELICIUS, ecc., e la Rota romana, genovese, fiorentina, ecc.

(2) Appunto perchè si volle determinare e precisare ciò che non si doveva; e che il Codice francese aveva lasciato un po' più nel largo.

(3) Anzi abolito del tutto: dicendosi che si può *partecipare* a una o più operazioni di un commerciante, *o anche al suo commercio*, in modo indefinito.

(4) Quella che enuncia l'articolo 177 è una forma dell'associazione in partecipazione: quella che

Digitized by Google

circostanze potrebbe correggersi senza grave difficoltà, è funesta se sfugge in una legge che pretende di definire la essenza di una istituzione, imperocchè non riscontrandosi nel fatto quei tratti elementari, nasce tosto il ragionevole dubbio che il rapporto giuridico che si presenta abbia un'altra natura, e manchino all'applicazione le norme prescritte. È pertanto nostro còmpito ricostituire i caratteri generali di quest'associazione, per esporne indi le regole, non senza premettere un rapido esame e delle origini e delle dispute insorte fra i dottori e nei tribunali.

603. Il rumore che fa dietro di noi la polemica forense ancora combattente, ci avverte delle difficoltà pratiche sollevatesi intorno alla nozione: cos'è una partecipazione? L'unico punto forse in cui si è ben bene d'accordo è nel segreto che accompagna quest'associazione (1); ossia nell'essere dispensata dalla pubblicità. Ma non essendo questione di parole, bensì di sostanza, e il discorso della forma non essendo per solito che conseguenziale (2) bisogna stabilire nettamente le differenze da queste alle società commerciali, almeno per quanto è possibile *a priori* e cogli argomenti della teoria (3). Quella che ne vediamo nel campo della pratica *confusio magna*, deriva certamente perchè le idee non furono digeste in quello dei principii.

Partecipare è tener *parte* determinata di una cosa (4); di leggieri applicata questa voce alle società, significò una parziale e limitata comunicazione dei lucri che un socio farebbe al partecipe (5). Così per ciò che da questa formula emana e che i nostri sommi hanno insegnato (6), tra società principale in partecipazione, e società accessoria, sotto questo aspetto il divario è grandissimo. Il partecipante, secondo una espressione consacrata nella vecchia giurisprudenza, non *ha il dominio del diritto formale della società*, ma di quella rata parte soltanto che vi ha immessa per conto proprio.

Da questo lato, e quando cioè si consideri il lucro corrispondente a un capitale conferito in una società di commercio, la partecipazione si confonde coll'accomandita, e facilmente espone a responsabilità personali laddove il partecipante non si astenga da ogni atto d'amministrazione, come fu discusso altrove.

In tal guisa il *partecipante* può salire al grado di consocio principale, e sedergli al paro tanto pei vantaggi da conseguirsi e pei diritti da esercitarsi, quanto per le obbligazioni da sostenersi, e intorno a ciò lunghe e giudiziose disputazioni s'incontrano nei dotti volumi ora abbandonati alla polvere degli archivi. È intanto da ritenersi, che l'associazione in partecipazione ivi è sempre esaminata e trattata nel proprio e germano senso della parola e nella sua forma subbiettiva (7); cioè di condividere in modo subordinato ed accessorio i lucri e le perdite di una società aliena principale e costituita; ed è il solo punto di vista con cui il diritto di partecipazione viene osservato da POTHIER (*Del contratto di società*, n° 61). Egli la chiama società *anonima o incognita e conto in partecipazione*: mentre una o più persone sono i nominali padroni del negozio, trattano con terzi, si obbligano verso di loro; ed altri, senza farsi conoscere nè obbligarsi verso i terzi, accedono alla impresa sotto l'ombra dei soci e rappresentanti principali, e non hanno rapporti che con essi (8).

Dall'ordine più o meno consono alle società civili passando alle commerciali, e interrogando le origini, gli stranieri sono d'accordo nell'attribuirne il primigenio esercizio agli Italiani, i più ingegnosi inventori di nuove combinazioni commerciali. Associarsi in partecipazione era aggiungere un gran cumulo di

---

chiamavasi nel linguaggio classico — *admissio* o *assumptio*. « Qui *admittitur* socius ei tamen socius « est qui *admisit*, etc., quid ergo si socius meus « cum *admisit*, ei soli socius est » (ULPIANO, L. 19 pro socio). « Et quidquid fuit in societate nostra « consecutus, cum illo qui eum *assumpsit* comu« nicabit » (Leg. *Quidquid* 21 eod. tit.). La voce *participatio* è di epoca posteriore, e fu generalmente ricevuta.

(1) Laonde nei Codici germanici si chiamano *società segrete* (Codice di commercio prussiano, articolo 250).

(2) *Di solito*, essendochè talvolta dall'esistenza della forma solenne si può fondatamente inferire alla società di commercio, come vedrassi a suo luogo.

(3) Non è raro che la quistione sia talmente complicata nel fatto da non potersene avere la soluzione che in apprezzamenti concreti.

(4) *Particeps qui certam rei partem habet* (CUJACIUS).

(5) Così il fatto additato dall'articolo 111 non è che una partecipazione.

(6) DE LUCA, *De Regal.*, disc. 90, n° 12, disc. 91, n° 15; *De credito*, disc. 87, n° 6, disc. 88, n° 4, disc. 89, n° 5; CONSTANTIN, tom. II, v. 291, n° 29; CASAREGIS, *De comm.*, disc. 59, ecc.

(7) Vedi il numero seguente.

(8) CASAREGIS, disc. 59, num. 30, 31 e 32; ANSALDUS, *De comm.*, disc. 73.

Questo medesimo concetto è raccolto nell'articolo 1723 del Codice civile.

Digitized by Google

forze a speculazioni che appoggiate ai soli assuntori, non avriano potuto condursi a prospero fine. Con tali soccorsi ora si sorreggevano vaste operazioni economiche nelle finanze di quelle possenti repubbliche; ora si slanciavano imprese marittime attraverso il mondo commerciale allora conosciuto (1), e nondimeno i partecipanti non si esponevano; lavoravano in occulto somministrando danaro, consigli ed influenze; e non aveano ad intendersi che col capo o coi capi apparenti della impresa, i soli che sostenevano il peso della esposizione nel rapporto esterno (2).

604. Ma più largamente svolgendosi il concetto delle società commerciali, la partecipazione venne acquistando un altro carattere; non più accessoria e secondaria, essa divenne una convenzione principale; rappresentò una maniera di associazione esistente per se stessa, e come tale riconosciuta e regolata dalle leggi del commercio. Veramente quando ora si parla di *associazione in partecipazione*, secondo il Codice, e nel posto che il Codice vi assegna a fianco delle società commerciali, noi intendiamo più direttamente (senza escludere le secondarie ed accessorie ad altre società) una esistenza propria; in quanto più persone si uniscano fra loro per mettere in comune guadagni e perdite rapporto a speculazioni commerciali che ciascuno eseguirà nel suo particolare e in apparente conto proprio; restando l'associazione fuori degli occhi e fuori del calcolo dei terzi i quali corrono *simpliciter* la fede di coloro coi quali contrattano. È questa, se io mal non mi appongo, non dirò una definizione (perchè l'arduità di una definizione mi sgomenta), ma la nozione completa dell'associazione in partecipazione (3). È il modo di esame è più esteso ed obbiettivo, abbracciando la istituzione come tale e coi requisiti esteriori che la distinguono verso le altre che le vengono in confronto (4).

605. Tutto quanto concerne la parte subbiettiva o formale della istituzione ha il suo fondamento negli articoli 178 e 179.

Scopo comune e *azione individuale*, ecco l'associazione in partecipazione. Sei, otto commercianti si accordano che ognuno nella sua sfera d'esercizio comprerà tutto il grano che sarà per capitare in quelle piazze al miglior prezzo possibile; e per evitare perniciosa concorrenza o per altri motivi, le vendite si faranno bensì singolarmente ma in conto comune, per dividere i guadagni, sottostando alle perdite. Ogni contraente, compratore o venditore del grano, si trova di fronte al rispettivo venditore o compratore; rapporti giuridici di debito e di credito non si formano che fra loro. Se codesti contraenti dovranno poi render conto ad altri delle loro operazioni, dividere o no il prodotto, ciò non riguarda i terzi, non gl'interessa; è un altro affare; è una cosa diversa. Se anche lo sanno, nulla conclude; perchè sanno di non poter obbligare altre persone che quelle colle quali contrattano.

Per questo individualismo caratteristico dell'associazione in partecipazione, i capitali che fossero importati per istituirne il fondo, non subiscono un cangiamento di proprietà come nelle società commerciali. Un fondo può essere comune per la destinazione conservando distinti gli elementi delle proprietà in cui s'impronta la individualità di ogni conferente; laonde il modo del deposito nulla influisce. I sei o gli otto partecipanti potranno deporre 10 m. lire cadauno presso un banchiere, o anche farne una cassa; ma ognuno avrà sempre la proprietà di 10 m. lire, mentre a rigor di termini non è che *la garanzia che ognuno darà per sè* onde accreditare in faccia ai consoci la propria concorrenza. *Tutte le garanzie sono personali;* seguono cioè la persona che la presta, e vi stanno attaccate finchè venga l'occasione di valersene per pagare il debito. Più spesso cotali partecipazioni sono impegni della parola, espressi nei modi semplici dei commercianti, per via di corrispondenze e di telegrammi, senza veruna precedente somministrazione di fondi.

Indarno si cercherebbe nel seno di questa forma l'ente collettivo, l'ente morale ravvisato nell'articolo 107. Nè in questo seguiamo la volontà del legislatore; bensì la natura e l'essere delle cose. Sentiamo BÉDARRIDE: « En « droit, en effet, un être moral ne peut exister « sans qu'il ait des droits donnant naissance « à des obligations et à des actions, sans une « propriété déterminée dont il a l'unique di« rection, la pleine et entière administration; « enfin sans un nom qui la personifie et ma-

(1) DALLOZ, *Répert.*, v° *Société*, n° 1598; TROPLONG, num. 491.

(2) Se accadeva il fallimento, i partecipanti non vi erano involti.

(3) Dopo ciò non resta che confermare la censura d'inesattezza, d'insufficienza, di parzialità che fummo costretti di apporre al nostro articolo 177, benchè in parte sussistente e vero.

(4) Come sarà luogo a vedere al n° 606 e seg.

Digitized by Google

« nifeste publiquement son existence » (n° 434). Vi è una gran precisione in queste parole. Lo stato di divisione (checchè se ne dica) è nella permanenza della proprietà distinta. Comunità non havvi che nei prodotti, negli avanzi, negli utili. Nulla di unitario, nulla di complessivo per formarne un tutto che la intelligenza possa fingere come persona.

Pochi, quantunque assai rispettabili autori, hanno veduto diversamente (1). Se il loro ragionamento cerca appoggio nella legislazione positiva, son certo che non saprà trovarlo. Le antiche tradizioni italiche, l'Ordinanza del 1673, l'art. 47 del Codice di commercio francese, convenivano nel negare all'unione dei partecipanti i requisiti apodittici della società commerciale. Leggesi in LOCRÈ (*Esprit du Code de commerce*, art. 47), che, posto in discussione se una quarta categoria di società commerciali dovesse farsene, la separazione fu mantenuta. Gli articoli 106 e 107 del Codice di commercio italiano hanno sfoggiato in chiarezza, se mi permettete la frase, per far capire la separazione. L'ultimo specialmente rifiuta con parole espresse la personalità civile all'associazione dei partecipanti. Da questo lato adunque è tempo perso.

Discorrendo secondo la natura delle cose, l'opinione contraria non sarebbe meglio fondata. Fermiamoci un momento su quella espressa da PARDESSUS, autore di tanto peso.

Esso pone in principio, e per così dire in fronte al suo discorso, non doversi confondere le associazioni in partecipazione colle altre società. Rispetto ad esse, egli dice, la *riunione* delle persone che la compongono, forma l'ente morale che si distingue per proprio nome col quale si manifesta alla pubblica fiducia. Nulla di questo occorre per le associazioni in partecipazione, attesochè le sue operazioni siano *determinate* (2). Poi aggiunge: « Elles (le operazioni) *forment sans doute un* « *être moral* dont, la plupart du temps, il est « facile *de distinguer l'actif et le passif* de « l'actif et de passif de celui ou de ceux *qui* « *en ont l'administration* ». Per altro l'affare conducendosi *presque toujours* dai singoli partecipanti, un nome sociale non è necessario. Benchè in questo passo non si riscontri la consueta esattezza dell'autore, niuno per altro dirà ch'egli intendesse applicare all'associazione in partecipazione quel concetto di collettività e di personalità attiva che non può comprendersi fuorchè nelle società commerciali. Difatti egli non parla che del materiale che potrebbe trovarsi presso un amministratore, che sarebbe visibilmente distinto dal patrimonio suo particolare; ed è quello che appella impropriamente *ente morale*.

Dobbiamo però espungere questo appellativo per lo funesto abuso che altri potrebbe farne. In primo luogo i partecipanti non *vogliono* formare un ente, una persona distinta da loro. Questa volontà invece si manifesta nelle società commerciali. Tutti concordi in un pensiero simultaneo e comune, i soci compongono quella personalità ideale con altrettanti frammenti, per così spiegarmi, delle loro personalità individuali, di cui sagrificano la indipendenza per lo maggiore interesse che hanno in vista. Così è veramente; imperocchè si privano sino a un certo punto di libertà, soggettandosi a un reggimento comune, ad una rappresentanza, a subire l'azione di quell'ente di loro creazione ch'essi rivestono di facoltà e di diritti, appunto perchè nasce dalla loro personalità viva ed autonoma. Noi possiamo concedere, come sopra si disse, che un fondo comune, un patrimonio abbiano messo in cumulo i partecipanti, o rappresenti le guarentigie che ciascuno ha portate a sicurtà delle proprie operazioni, ovvero i prodotti e i guadagni che se ne ritrassero, e che per patto abbiano a deporsi in una cassa comune. Con quanta improprietà si chiamerebbe questo fondo *un ente morale!* Esso non sarebbe che una massa inerte e passiva; una materia da impiegare o da distribuire; nessuna forza attiva, nè potenza di volontà, nè soggetto di diritti, umana mente può concepire nella materia che non fa che servire ai nostri usi. Ne segue, che neppure sciolta l'associazione, ed esistendo pure una sostanza patrimoniale capace di sostenere un concorso o degli associati medesimi o dei creditori, non vi sarà mai la idea di un ente morale, come non è un ente morale il prezzo di fondi deliberati che, depositato sul banco del giudice, dev'essere distribuito a un consorzio di creditori.

Aggiungasi un'altra ragione non meno decisiva. La funzione dell'ente sociale sostantivo è principalmente estrinseca. Esso contrae, negozia, obbliga i soci sotto una formola designata, acquista loro facoltà e diritti colla sua

(1) PARDESSUS, *Cours commerc.*, num. 1043. Lo stesso in una consultazione firmata con MERLIN. Aggiungi MALPEYRE e JOURDAIN, pag. 261.

(2) Qui però giace un errore che non si può perdonare neppure al PARDESSUS: anzi a lui meno che agli altri. Lo vedremo più avanti.

Digitized by Google

costante e attiva comunicazione col mondo esteriore, e non si può concepire senza la formalità della pubblicazione (1).

606. Ora veniamo a dare un maggiore sviluppo al principio negativo della solidarietà, facendoci carico di due gravi obbiezioni.

1° Un terzo che ha versato somme ad un partecipante e prova (giacchè la prova è assolutamente a lui imposta) che quelle somme furono utilmente impiegate nelle operazioni alle quali gli associati si applicarono, anche singolarmente, non obbliga forse anche coloro che non diedero la firma all'atto di obbligazione?

L'autorevole opinione che decide per l'affermativa si fa strada con una distinzione. Se i valori di cui si è accresciuto l'attivo dell'associazione provengano da un partecipante come quoto di sua importazione (2), il creditore che li avesse prestati non avrebbe azione che contro il partecipante medesimo. All'incontro se il creditore ha fornito valori *all'associazione, egli può essere ammesso alla prova* che le sue somministrazioni furono erogate a vantaggio comune e allo scopo della loro impresa (3).

Non si deve trascurare l'esempio che adduce l'autore di questa dottrina: esempio che per la impressione che fa, ha la forza di un argomento. *A.* e *B.* convennero in partecipazione fra loro per approvvigionare di granaglie e foraggi una piazza di guerra, dentro un mese. L'affare è trattato e concluso dal solo *A.* coi mercanti di quei generi che ne accettano le obbligazioni. La piazza è messa in istato e provveduta. I mercanti, non pagati, sono nel diritto di promuovere le loro azioni anche contro *B.* non mai intervenuto nelle compre; *B.* è tenuto allo stesso debito in quella guisa che un commerciante è tenuto per le compre fatte dal suo commesso, benchè non autorizzato a questa specie di affari, se le merci sono entrate nei suoi magazzini.

2° Se i partecipanti sono additati nella pubblica opinione come uomini che esercitano ostensibilmente un commercio comune, non si obbligheranno a vicenda, anche tacitamente, nell'interesse dei terzi?

Prima di risolvere la duplice questione giova riassumere e fermare alcuni canoni non contestati.

a) Per l'indole dell'associazione il partecipante non è il mandatario del consocio che non comparisce nell'affare; ognuno agisce per sè; ognuno obbliga se stesso, e non gli altri (4).

b) I terzi corrono la fede del contraente conosciuto; e supposto che non sia il vero proprietario degli effetti di cui dispone, tale è ritenuto, come il commissionario.

c) I partecipanti che non si presentano, devono accettare il fatto del loro collega negoziatore, nè possono elevare la menoma contraddizione di fronte ai terzi, mancando di azione; salvo a tirarsi i capelli fra loro nei conti rispettivi.

d) Se il partecipante che dopo aver acquistato un carico di merci ha girata la polizza al consocio, o gli ha inviata la merce perchè realmente doveva servire per lui, rimane tuttavia il solo obbligato verso i terzi (ALAUZET, n° 248).

e) In tema generale proprietà comune, indivisa, non c'è: ma sempre proprietà particolare. Se i creditori di un tale che non comparve nel contratto potessero stabilire ch'esso è il vero proprietario, che amò nascondersi sotto il nome di un agente o mandatario (come talvolta avviene in fatto di commissionari) pa-

(1) E questa ragione principalissima adottò la Cassazione francese nella decisione del 10 marzo 1838 (*Journal du Palais*, tom. 1, pag. 102), annullando una sentenza della Corte di Parigi, che si era lasciata condurre dall'autorità di PARDESSUS e di MERLIN.

« Attendu que si l'on peut considérer comme des « êtres moraux les sociétés commerciales comprises « dans l'article 19 du Code de commerce, sous les « noms de société en nom collectif, société in com« mandite et sociétés anonymes, *c'est parceque elles « sont accompagnées des formalités qui les font con« naître au public, et sont représentées par une raison « sociale*, au nom et pour le compte de laquelle « se font tous les actes. — Qu'il ne peut en être de « même des associations en participation, etc. »

(2) Di questo faremo qualche parola più avanti.

(3) PARDESSUS, num. 1049. Non solo i partecipanti possono proporsi una impresa comune, ma per molti si crede che debba esser eziandio specifica e determinata, come si dirà in seguito, e quindi una certa maggiore unità di direzione e di scopo.

(4) « Tout ce que se fait dans la négotiation, « tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, « ne regarde que les associés, *chacun en soi;* de « sort que celui des associés qui achete, *est celui « qui s'oblige et qui paie au vendeur;* celui qui vend « reçoit de l'acheteur. *Ils ne s'obligent pas tous « deux ensemble envers une tierce personne; il n'y « a que celui qui agit qui est le seul obligé.* Ils le sont « seulement réciproquement l'un envers l'autre, « en ce qui regarde cette société » (SAVARY, dotto commentatore dell'Ordinanza del 1675, nella quale ebbe parte).

Digitized by Google

trimonio comune non ci sarebbe nonostante: la cosa appartiene all'uno o all'altro.

f) È una conseguenza che deriva logicamente dalle premesse, se uno dei partecipanti fornisce il danaro, e l'altro compra scopertamente e in proprio nome, acquistare a sè e non al sovventore della pecunia: principio già solennemente proclamato nel diritto romano (1).

g) La separazione esiste talmente di diritto fra le proprietà che sono materia di frutto e di utilità ad un consorzio di partecipanti, che se taluno di essi ha recato all'associazione come propria quota un immobile, egli (come si notò anche superiormente) se ne conserva padrone e libero disponitore rimpetto ai terzi, sì per alienarlo, sì per fondarvi ipoteche; i partecipanti non possono addurre verun reclamo togliendo argomento e dalla destinazione, o dai rapporti dell'associazione istituita fra loro (2).

Ora discorrendo della prima questione, osiamo dire che la sentenza del PARDESSUS è fatta pericolosa dalla stessa equità di cui si colora; è un appello che farà sempre impressione appresso i tribunali. L'equità è cosa santa, ma i principii, per quanto rigorosi, hanno un ministero assai più efficace e salutare nel mondo del diritto, governando le relazioni universali, laddove l'equità è il temperamento dei casi speciali. Per ammettere l'*actio de in rem verso* in materia di associazione in partecipazione a favore dei terzi (3), bisogna sconvolgere i principii onde si regge; sarebbe contraddizione. Non vi è società, e non si possono dedurre argomenti di diritto dalla esistenza di una società. Vi sono dei partecipanti che hanno goduto benefizi dalla cosa che voi avete venduta ad essi! Ma chi li conosce? Avete voi potuto contare sull'associazione o sui vantaggi che altri potrebbe ritrarne? Voi avete corsa la fede personale del compratore; il solo suo nome fu ed è la vostra garanzia. Si dirà, ciò è vero; e nondimeno non vi dev'essere interdetto di valervi di un evento, accidentale sì ed estraneo al contratto, ma a fronte del quale sarebbe iniquo approfittare della cosa e non voler concorrere nel prezzo. Sull'applicazione dell'*actio in rem verso* (4), e sui limiti di essa, ci sarebbe da scrivere un trattato. La indipendenza degli associati nella loro relazione coi terzi è la conseguenza della posizione che hanno scelta. I loro rapporti interni non possono confondersi cogli esterni. Hanno dei vantaggi e hanno delle perdite; i terzi non potrebbero calcolarne il risultato senza costringerne i partecipanti ad una liquidazione; e il risultato non darebbe mai la misura certa della utilità riferibile ad una data cosa; tanto converrebbe spingere le indagini; l'assurdo si rivela negli effetti. Il sistema avrebbe una portata eccessiva. Se il vantaggio conseguito dal partecipante per la comunicazione della cosa acquistata che l'acquirente ha voluto fargli, autorizzasse le azioni del venditore contro di lui, anche i compratori successivi che ne ritraessero dei vantaggi, molto più i donatari, sarebbero colpiti personalmente dalle stesse azioni. Se, giusta l'esempio del PARDESSUS, tornò utile anche a *B*. l'approvvigionamento della fortezza fatta colle granaglie vendute ad *A*., non tanto provenne dalla cosa, quanto dall'uso che se ne fece (5).

In ordine alla seconda questione ricorre l'argomento fondamentale, che il venditore non ha prestato il credito che alla persona del compratore. Data una notorietà opinativa (non potendosi contare sulla solidarietà legale) che il compratore aveva dei partecipanti in questo genere di affari, ciò basta per escludere ogni pretesa del venditore contro di essi partecipanti, poichè sapendo questo, egli sapeva che non era stata contratta fra loro una società commerciale; e la natura delle loro relazioni respingere la solidarietà.

—

(1) Cod. si quis alteri vel sibi (RICHERIUS, *Jurisprudentia univ.*, tom. X, § 788).

(2) TROPLONG, *Des sociétés*, num. 512; ALAUZET, *Comment.*, num. 248; VINCENS, tom. I, pag. 380; Cassazione francese, 1° giugno 1834 (SIREY, t. XXXIV, part. I, pag. 202), 19 giugno 1838 (DEVILLENEUVE, tom. I, pag. 102), 7 agosto 1838 (Ivi, t. I, p. 316).

Vedremo a suo luogo come le convenzioni possano modificare questi principii tratti dall'indole normale della istituzione.

(3) In tema generale, s'intende, esclusi i fatti di dolo e frode, dei quali qualche cosa diremo, come fatto d'eccezione, in alcuno dei numeri seguenti.

(4) In origine si accordava contro il padre di famiglia a favore di quello il cui valsente venne impiegato dal figlio, senz'autorizzazione del padre, in ispese necessarie ed utili al padre stesso (L. 3, Dig. de in rem verso. RÖSSING, *De versione in rem*).

(5) La Corte di Limoges adottò il sistema di PARDESSUS (19 luglio 1839, *Journal du Palais*, 1840, t. II, pag. 76). BÉDARRIDE, num. 442, confuta la sentenza con minor polso di ragioni; ma aggiunge questa osservazione, che il venditore non avrebbe azione che *super re*, e potrebbe, se fosse il caso, rivendicarla dal suo debitore.

Digitized by Google

607. Posate le regole proprie dell'associazione, conviene tener conto di certe combinazioni miste di elementi che impongono altri criteri.

a) È della natura dell'associazione, il partecipante non essere un mandatario del suo socio, e non poter obbligarlo. Ma il creditore, senza occuparsi di questo rapporto, può stabilirne uno diverso; può provare con mezzi diretti che il suo debitore apparente è un vero mandatario, e quindi con diritto di esercitare azioni contro il mandante.

b) Sono obbligati solidariamente i partecipanti che concorrono a firmare una obbligazione commerciale. E non perchè partecipanti, ma perchè segnatari della obbligazione, giusta la regola dell'articolo 90. È indifferente vi abbiano o no espressa qualità di soci.

c) La solidarietà può assumersi anche per altre vie. Senza firmare la stessa obbligazione, due o più si costituiscono debitori solidari, unendosi nello stesso negozio e nella stessa promessa in guisa che il creditore si persuade ragionevolmente di questa loro volontà, e vi aggiunge la sua. Segni verbali o scritti, lettere, telegrammi, possono farne le veci. L'obbligazione congiunta e solidaria è una dimostrazione di fatto. I *correi debendi* si formano senz'altra associazione fra loro, che quella del debito. Qualche volta si sono visti dei semplici partecipanti firmare con un nome sociale qualunque; e allora furono pronti i tribunali a dire ch'essi si obbligano in solido (1). Male se ne dedurrebbe che siasi perciò costituita una società in nome collettivo, alterandosi la natura della partecipanza. È una solidarietà per quella particolare obbligazione, e non *trahitur ad consequentias.* Qui pure i rapporti della partecipazione rimangono inosservati (2). Tanto è vero che se un solo individuo della partecipanza dichiari di assumere la obbligazione anche in nome dei consoci *et jure societatis*, non obbliga che se stesso (3).

d) L'associazione in partecipazione non ha una rappresentanza propriamente detta; la rappresentanza è concentrica; virtualmente è la collettività e l'unione: tutto ciò disconviene dalla essenza di questo contratto. Ciò però non esclude una direzione interna; se importa all'ordine, al buon andamento degli affari, e, diciamolo pure, alla disciplina, non si deve condannare l'associazione a portare maggiori carichi che non siano del suo istituto, per aver voluto della regolarità e dell'ordine. Quello che monta si è che la direzione sia, come dissi, *interna*, e non apparisca e non si mostri e non operi esteriormente; e non si presenti come un simbolo di complessità inducente errore nel pubblico. Dato adunque che un capo, un direttore ci possa essere in mezzo a partecipanti, può accadere un fatto da sembrare una limitazione del principio che ogni partecipante mantiene la sua proprietà, e le cose importate dai singoli non si confondono, non si assimilano, per formare una sostanza comune.

I mobili recati da Tizio, socio partecipante, restano suoi benchè servano all'uso comune. Per esempio vi è un uffizio centrale ove si depositano i libri e i conti riguardanti gli affari che si trattano nell'interesse dell'associazione. Tizio vi ha messo dentro banchi, scaffali, sedie, scrittoi: è roba sua. Se Tizio ha dei debiti, i suoi creditori verranno ad oppignorarli, e non troveranno ostacolo in un diritto di comproprietà per parte dei compartecipanti.

Ma vi è un direttore costituito, un amministratore responsabile verso l'associazione; questa sua qualità *gli attribuisce il possesso dei mobili* che Tizio o altri compartecipanti abbiano conferito al servigio materiale dell'amministrazione, e a lui consegnati senza inventario, meglio ancora se con inventario. Il direttore può disporre di quei mobili, salvo il darne conto. La disponibilità gli appartiene dal momento che non appartiene più al conferente che non potrà domani spogliare l'ufficio dopo averlo rifornito, dopo avar dato ai suoi mobili una speciale destinazione (BÉDARRIDE, n[i] 447, 448, 449).

Questo avviene per la virtù del possesso *in fatto di mobili*. È una specie di proprietà del genere di quella che la legge mutua, per così dire, alla natura delle cose, considerate nel rapporto dell'uso (4). L'immittente non ha voluto di proposito trasferire la proprietà di

(1) Corte di Metz, 7 febbraio 1822; Bordeaux, 31 agosto 1831 e 23 febbraio 1836, e 13 aprile 1848; Caen, 9 febbraio; Cassazione francese, 8 gennaio 1840; Lione, 26 gennaio 1848.

(2) Versandosi in dubbio se abbiasi una società in nome collettivo o una semplice associazione, allora questo fatto può avere notevole influenza nella decisione; materia che noi proponiamo ai seguenti paragrafi. Ora si suppone mancare altri elementi di dubitare, e la questione rimaner ristretta alla obbligazione speciale.

(3) Cassazione francese, 9 gennaio 1821; Corte di Parigi, 22 novembre 1831, ed altre.

(4) La disponibilità dell'individuo di valore, senza cui non sarebbe l'uso, induce la proprietà per necessità delle cose come nelle fungibili. Non confon-

Digitized by Google

quei mobili; ma si è privato dell'uso: ciò basta. Altro è degli immobili al trasferimento dei quali è d'uopo un titolo formale; titolo che nelle società commerciali è abbastanza fondato in quello del conferimento con animo di trasferirne il dominio; nulla di simile nell'associazione di cui parliamo, e non vi ha una persona morale capace di acquistare.

E tuttavia le operazioni del direttore non sono che *personali* rimpetto ai terzi. Se vende i mobili, i terzi gli acquistano da lui come farebbero da ogni altro possessore, non truffatore e non ladro. Lo stesso si dirà in materia di biglietti ed effetti di commercio. Egli negozia quelli che personalmente e nel proprio nome ha creati. Egli n'è personalmente responsabile.

c) Tutte queste regole vanno bene quando non vi s'insinui quel maledetto serpe del dolo e della frode: ogni teoria, concetto verginale della mente nostra, riposa sulla verità. Se l'associazione in partecipazione non è vera, non ne parliamo. Se non è che una manovra e una scuola d'inganno, potrà anche cadere sotto le disposizioni penali; io l'accenno, e non me ne occupo perchè non voglio forzarmi ad immaginare delitti. Ora vengo ad esaminare le difficoltà che s'incontrano sul terreno pratico per determinare i caratteri dell'associazione in partecipazione e distinguerla da quella in nome collettivo; difficoltà che nascono dal subbietto intrinseco anzichè dalle inqualificabili addizioni della malizia e della frode da cui onninamente prescindo.

—

608. Le questioni sono per l'ordinario sollevate dai creditori che hanno l'interesse di sostenere che la società deve ritenersi di nome collettivo, anzichè di semplice partecipazione. Chi ha prestato ad un socio, e costui male risponde ai suoi impegni, se può stabilire che trattasi di una vera società commerciale avente quel carattere, ha coobbligati in solido tutti gli altri. Da questo punto obbiettivo delle azioni creditorie si svolgono disputazioni molteplici e di variati aspetti; ora riguardanti la proprietà dei capitali conferiti nel cumulo sociale; ora in materia di rivendicazione, e più gravi ed importanti in ordine ai fallimenti.

Dal presentare le associazioni in partecipazione garanzie infinitamente minori ai terzi, nacque la prima e più persistente idea di tempo circoscritto, di limite, di oggetto determinato, conosciuto. Locré, che nella sua semplicità esegetica fu certamente un grande illustratore del Codice di commercio, scriveva: « L'association en partecipation n'est que le *marché* « *d'un moment*, relatif à quelque *opération* « *passegère*, et en cela elle diffère de la so« ciété dont le lien plus durable forme entre « les associés une communité d'intérêts conti« nus » (*Observations sur l'article* 47). Il concetto della società *momentanea* è anche quello di Savary, di Rogues, di Pothier, di Persil, figlio.

Malpeyre e Jourdain insegnano che il carattere distintivo delle associazioni in partecipazione consiste nell'applicare a qualche operazione isolata, distinta, e senza una vera continuità d'interessi, e come a dire senza seguito; che se l'associazione intendesse a più operazioni successive, ancorchè discontinue, si avrebbe una società commerciale ordinaria (pag. 260).

Pardessus non riconosce associazione in partecipazione, che non si limiti all'esercizio di uno o più affari determinati, il cui oggetto e materia si trovi esistere al momento in cui è stabilito il contratto. Che se all'incontro in luogo di operazioni certe, determinate, ed attuali, l'associazione si abbandoni ad imprese da non potersi apprezzare e per così dire circoscrivere all'atto della contrattazione, ma incerte e future, è cosa intesa: trattasi di società di commercio (n° 1046).

Noi esamineremo più avanti le opinioni contrarie che appartengono agli scrittori più recenti, e vediamo intanto quella corrente della giurisprudenza che si rivolge da questa parte e accetta questi criteri.

Niuna controversia si può dire essere stata agitata più della presente; niuna ha assordate di più le aule del fòro. Il criterio della specialità e determinatezza delle operazioni prevale in ogni dove (1) a caratterizzare un'associazione in partecipazione.

Questo fatto caratteristico non riscontrandosi, è per forza dello stesso principio direttivo che si valica alla società in nome collettivo.

---

diamo le idee; ma il commercio ha bisogno che i mobili circolino liberamente, quindi la proprietà del possesso.

(1) Corte di Colmar, 31 maggio 1813; Poitiers, 11 maggio 1825; Cassazione francese, 5 luglio 1825; Bruxelles, 27 novembre 1830; Bordeaux, 14 maggio 1841; Rouen, 19 gennaio 1844; Nancy, 17 agosto 1837; Cassazione francese, 18 luglio 1822; Rennes, 13 gennaio 1831; Bruxelles, 18 luglio 1829; Cassazione francese, 13 aprile 1864, e 23 febbraio detto anno; Tribunale di commercio di Genova, 26 aprile 1869.

Digitized by Google

Una società che si propone ad esercizio *tutti gli affari relativi a un ramo d'industria* comunque specifico e determinato, quale il commercio di una data specie d'animali (1), si reputa in nome collettivo (Corte di Bordeaux, 25 maggio 1829; Corte di Colmar, 25 febbraio 1840). La Corte di Genova, nel 28 aprile 1863, convenne nella stessa conclusione riflettendo, che quantunque si trattasse di un determinato ramo di commercio, avrebbero dovuto assumersi tutte le operazioni correlative al pieno esercizio di quella negoziazione speciale.

Ma la Corte di cassazione sedente in Milano osservò non essere necessario per tenersi nei limiti di una associazione in partecipazione, che le operazioni siano rigorosamente enumerate e descritte: basterà che *l'ambito della negoziazione sia abbastanza circoscritto e visibile;* certo e determinato l'oggetto, e l'esercizio sia quale si richiede alla coltivazione e svolgimento del proposto commercio (29 aprile 1864, Bettini-Giuriati, pag. 252).

Trovasi invece in una sentenza della Corte suprema di Napoli (11 maggio 1865, Bettini-Giuriati, vol. xvii, part. i, pag. 287) non poter formare oggetto di associazione in partecipazione la industria del lanificio, esigendo continuità d'interessi fra i soci, impiego protratto di capitali, e una serie di operazioni. « L'industria manifattrice, sono sue parole, « esige la compra delle materie gregge che « con opportuni congegni si denno depurare, « e preparate si trasformano in nuove pel con« sumo pubblico. Lo che produce tale conti« nuità d'interessi fra i soci, sì diverse va« rianti, che i vantaggi ottenuti in un anno ben « possono esser assorbiti nel successivo, e con « essi parte o tutti i capitali impiegativi ». Eppure questa singolare associazione era ristretta nelle pareti domestiche, fra marito e moglie, associazione che la moglie voleva provar con testimoni, e questa prova le fu negata, nel presupposto di una società pubblica (2).

La Corte di Parigi, nel 29 gennaio 1841, dichiarò che l'esercizio di un privilegio teatrale accenna a società in nome collettivo, essendo qualche caso d'indeterminato e d'indefinito per luogo e tempo.

Che si tratti di traffici determinati (in vini, acquavite, olii, saponi), poco importa secondo la Corte di Grenoble, essendovi una *continuità d'interessi*, non compatibili con una semplice associazione in partecipazione (sentenza del 9 luglio 1831).

Imprese di trasporti con battelli a vapore, o quelle conosciute col titolo di messaggerie, sono materie di vere società di commercio in nome collettivo (Bordeaux, 31 agosto 1831; Caen, 13 gennaio 1841). Sono esercizi continui.

Qualche decisione si preoccupa della esistenza o non esistenza di *una ragion sociale* (Bruxelles, 30 novembre 1831). Una società, che dovrebbe considerarsi di semplice partecipazione (oggetto, costruzione di un tronco di ferrovia in subappalto), è commerciale in nome collettivo, se dimostrata da una ragione sociale (Corte di Genova, 8 ottobre 1862). E potersi avere società in nome collettivo senza espressione di ragion sociale, stanziava la Corte di Torino nel 9 maggio 1863.

Ai caratteri formali, quivi osservati, appartiene il *titolo* o la *qualificazione* della società; ma non si deve molto curare del nome; e neppure che le operazioni tengano ad un ordine di necessaria pubblicità, come imprese giornalistiche, purchè non si annunci sotto una ragion sociale, e non si estenda ad altri esercizi (Parigi, 9 marzo 1843).

609. Decisioni che considerano la controversia da più alto punto sono le seguenti.

Una di Douai, del 17 luglio 1847 (Dalloz, n° 1618), dichiara che, essendo la materia della negoziazione assai ristretta e dentro specialità che non potevano ferire la suscettibilità del pubblico (3), il tempo indeterminato alle operazioni e alla partizione degli utili non toglie che l'associazione sia fra meri partecipanti.

Decisione della Corte di Rennes (Dalloz, n° 1616). Non può ravvisarsi carattere distintivo nelle associazioni in partecipazione, *la determinata qualità delle operazioni;* l'associazione esiste anche a serie indefinita senz'altro limite che la propria durata. Una società stabilita fra due case di commercio (*de roulage*) a sfogo dell'industria comune per evitare i danni della concorrenza, si considera come semplice partecipazione quando non corre sotto una ragion sociale, e sia stipulato nell'atto primordiale che le ditte agiranno singolarmente e nel loro nome distinto, e utili divisibili saranno quelli procacciati dalle rispettive fazioni personali e indipendenti. Nè

(1) Trattavasi del commercio suino.

(2) Il valente compilatore della Collezione non mancò di porre in nota osservazioni di giusta censura ad una tale decisione.

(3) Due partecipanti si dividevano i vantaggi delle forniture a certi navigli, omessa ogni ragion sociale.

Digitized by Google

osta l'esistenza di una specie di fondo sociale formato dal valore di stima de' fabbricati servienti alla comunanza, al solo oggetto però del riparto degli utili, e non mai per condividerne la proprietà. Non fa ostacolo lo aversi un seggio o consiglio d'amministrazione, ove si ravvisi principalmente costituito a causa di controllare le operazioni e regolare la contabilità. E neppure che fatti di esecuzione abbiano potuto, nella varietà dei casi, porgere ai terzi un principio di azione solidale, benchè non derivante dall'indole naturale dell'associazione (1).

Il Tribunale di terza istanza che sedè con molto onore sino a questi ultimi tempi in Milano, nel 13 settembre 1863 decise: una società considerarsi di mera partecipazione abbenchè il suo indirizzo si protenda *a varie e successive operazioni commerciali* se gl'interessati nella loro prima convenzione espressero di non volere costituire che una società privata, nonostante il patto ivi apposto che in certi casi sarebbe richiesta l'adesione comune.

Nel 12 febbraio 1863 la Corte di Parigi (DALLOZ, *Recueil*, t. II, pag. 63) non curando gli altri caratteri volgarmente accettati (operazioni limitate, discontinue, oggetto precogitato) non trovò che dei *caratteri negativi*. Distinguersi l'associazione in partecipazione dalla società in nome collettivo per la non esistenza di una ragione sociale, per la non installazione comune rimpetto al commercio, per la non apparenza di verun indizio che costituisca nella convinzione dei terzi *una individualità commerciale*, un ente morale, e non altro ravvisarsi che obblighi e promesse personali e distinte.

Non essere caratteristica essenziale delle associazioni in partecipazione la specialità dell'oggetto commerciale, insegnò la Cassazione sedente in Milano, nel 7 gennaio 1864, nulla ostando che una società in nome collettivo possa costituirsi ad operazioni precise e determinate. Essere sopratutto a schivarsi, che coll'apparenza di una semplice partecipazione non si facciano convenzioni od atti con essa incompatibili e comprovanti un'azione comune. Nulla colpisce di più l'osservatore che lo spirito d'unione che presiede all'accordo e identifica in certo modo le volontà; intorno a che vedi altra sentenza di cassazione riportata negli *Annali giuridici di Firenze*, tom. I, anni 1866-67, pag. 252.

La Corte di Bruxelles, nel 30 novembre 1831, non vide disconvenire ad un'associazione in partecipazione l'esercizio di un commercio esteso a tutti i rami di una industria genericamente divisata: ma ne scorse la negazione in quello spirito di unità e di solidarietà che si manifesta nella espressione di un simbolo comune e riconoscibile.

610. Io spero che non si avrà in disgrado questa lunga e per noi insolita enumerazione di giudicati, essendo intesa a mostrare lo stato dubbio, oscillante, faticoso della giurisprudenza, e il bisogno di portarvi qualche sussidio direttivo, qualche indirizzo, cercando nelle ambagi un criterio superiore che domini la questione. Una parte ci sarà sempre, bisogna convenirne, che sfuggendo per necessità alla teoria, entrerà nella competenza dei giudici del fatto (2); nè può concludersi per questo che ogni questione sia di fatto e da rimettersi al placito dei Tribunali. Che anzi la controversia è eminentemente giuridica, avvegnachè, come tutte le altre, sia radicata nel fatto. Il fatto è la base storica e dev'esser ferma, ma le relazioni giuridiche devono preesistere nei concetti del giudice.

Nel numero seguente tenteremo di assegnare i caratteri distintivi delle due istituzioni; ora bisogna continuare ancora per poco la nostra rivista dottrinale, consultando gli scrittori che rappresentano idee progressive in questo cospicuo problema della scienza commerciale.

Recando ad esame quel passo di LOCRÈ nel quale insegna che l'associazione in partecipazione è una negoziazione momentanea e passeggiera, TROPLONG esclama: come mai farete consistere l'attributo distintivo della partecipazione nel tratto di tempo assegnato alla sua esistenza? Forse che una negoziazione di

(1) Un esempio. Trovando codeste case che in occasione di tale commercio può convenire di mettere in comune le loro firme in una obbligazione commerciale di cospicuo valsente, che forse non si potrebbe levare in altro modo, costituiscono un debito in solido; non in conseguenza del loro rapporti di partecipanti, ma in forza della convenzione da essi firmata.

(2) La Cassazione franc., in sentenza del 3 gennaio 1840, lascia ai giudici valutare quando particolari negoziazioni possono essere suscettibili di ampliazioni non coerenti ad una società in partecipazione; e in altra antecedente (1° giugno 1836, DALLOZ, num. 1608) aveva detto, nello scontro di operazioni che potevano rassegnarsi all'una o all'altra classe di società, governare la interpretazione dei giudici. Notevole anche in questo proposito la decisione del 1867, che può vedersi a pag. 225 del DALLOZ, *Recueil*, anno suddetto.

un momento non potrà essere assunta collettivamente? Forse che una società collettiva non può formarsi per una operazione accidentale, ed offrire al pubblico, per il bisogno che ne ha, il credito simultaneo di tutti i suoi membri? Inoltre, non convenite voi che vi hanno delle partecipazioni la cui durata è di natura da estendersi per lungo tempo? Non è tale un contratto di partecipazione nella conduzione, per esempio, di dazi e gabelle che si prende per molti anni? Le famose partecipazioni italiane nell'amministrazione (ora si direbbero appalti) delle rendite finanziarie, erano forse imprese di un giorno e riunioni effimere? Negozi d'occasione e accidentali, sogliono, è vero, trattarsi in questo modo semplice, *ma non è già il tipo di questo genere;* è un ramo della partecipazione che può costituirsi altresì per lungo tempo (*Des sociétés*, n° 496) (1).

Prosegue il magnifico scrittore combattendo l'altro più comune pregiudizio, che la partecipazione non abbia a contenere che una sola negoziazione col tempo necessario per condurla a termine, mentre della società collettiva sia naturale subbietto la pluralità delle operazioni successive.

È un inganno, egli dice. L'articolo 48 del Codice di commercio francese, secondo lui, apre un maggior campo (2); non interdice una serie d'affari, non distingue fra operazioni continue o discontinue; fra simultanee o successive. Quindi la confusione della giurisprudenza, la contraddizione dei giudicati; distinzioni e suddistinzioni senza numero: « et « cependant (malgrado tutto ciò) ceux qui les « ont imaginées conviennent que l'esprit peut « encore errer de la participation à la société; « et de la société à la participation! Eh! sans « doute, car ces aperçus sont inexacts: et l'on « aurait dû voir que le Code de commerce, en « soumettant la participation à la liberté des « volontés particulières, n'a pas entendu s'é- « garer dans ce dédale des subtilités ».

Bédarride (*Des sociétés*, n° 431) adotta la sentenza di Troplong; attacca l'uncino della censura ad alcune delle decisioni da me ricordate, in verità poco giustificabili; e non ragiona ulteriormente per conto suo. Délangle (n° 603, 604), Molinier (n° 597), Massé (t. v, n° 79), Alauzet (n° 251), concordano in questo senso.

611. Per me questa dottrina è vera; sento tuttavia il bisogno di rivelare le giuste basi sulle quali deve fondarsi. Nel cozzo tremendo di tante decisioni diverse e contraddittorie, e aberramenti senza fine, non basta qualche acuto sarcasmo, qualche osservazione isolata, benchè ragionevole e giusta.

E poichè noi non ragioniamo nell'astratto, ma commentiamo delle istituzioni positive, abbiamo un primo dovere, che è quello di osservare se il Codice imperante abbia già posate le sue regole e stabiliti i suoi precetti; e un breve esame ne abbiamo già premesso al n° 609. Il nostro articolo 177 non descrive che un lato della partecipazione, una delle sue combinazioni meno comprensive. Nondimeno, o appunto per questo, lascia luogo a tutti gli insegnamenti della dottrina. Meno imbarazzante dell'articolo 59 del Codice sardo, non pretende a regolare i caratteri dell'associazione, e non vi appone limiti inopportuni.

La società collettiva aspira al credito e vive della pubblica opinione. Essa si mostra alla piena luce del sole, ed esiste nelle sue stesse manifestazioni. La società collettiva, personale che sia o capitalista, è una leva potente; se mi è lecito ripetere una mia frase, una locomotiva del credito, che sforzi individuali non potrebbero giammai emulare. La partecipazione non cerca di attrarre il credito; non presenta al pubblico garanzie costituite da un grande o piccolo complesso di forze personali o materiali; essa non fa niente, assolutamente niente, per accreditarsi e mettersi in vista. Sono commercianti (3) che godono forse della più bella riputazione e inspirano la più grande fiducia (4), ma non ne ricercano di più che valgano le loro stesse persone, e il credito loro personale. Se invece di un sistema di emulazioni e di rivincite adottano quello dell'accordo e della unione per vantaggiarsi a vicenda e dividersi i profitti, tanto meglio: ciò

(1) Concordano Délamarre e Poitvin, *Traité de commiss.*, tom. II, num. 243.

(2) Veramente come osservai di sopra, e toccherò di volo nel numero seguente, l'articolo 59 del Codice albertino ebbe il merito di viepiù restringerlo.

(3) O anche non commercianti, che sconosciuti al mondo del credito, lavorano per conto particolare in qualche azione commerciale (capoverso dell'articolo 177).

(4) « Selon la manière de placer sa confiance, il « existe deux genres de crédit propres à donner la « vie aux engagements et aux contracts — *le crédit personnel et le crédit réel.* — Le premier à sa « base dans les qualités morales de la personne, « dans la proportion naturelle qu'il faut observer « entre le dette et les moyens d'y parvenir », osservava il professore Bosellini in una stupenda monografia intitolata *Du crédit personnel, du crédit réel et de leur phases* (Bruxelles et Paris, 1860).

non riguarda che le conseguenze nelle quali il pubblico non è menomamente interessato, e la loro contrattazione è del tutto privata.

Pertanto fra società commerciali e associazioni in partecipazione la distinzione è profonda, e mai si comprende come abbiano potuto confondersi i criteri. Non ce n'è che un solo; l'*azione collettiva*, o l'*azione individuale*.

L'azione collettiva per eccellenza è quella che consta di tutto lo insieme che costituisce una società commerciale in perfetto stato di regolarità. Allora soltanto si può ottenere l'effetto massimo, sperabile da quel complesso di garanzie che si presentano al pubblico; la regolarità è la forza.

L'azione collettiva può anche spiegarsi irregolarmente; non sarà una vera forza; inchiude l'idea del disordine; il credito non si offrirà che saltuario e diffidente, e non può avere un cemento saldo. Nonostante, per le cose lungamente discorse altrove, se i soci hanno abusato di quella forza qualunque che nasce dall'unione, senza obbligarsi nello stesso atto (1), ma facendo travedere che una società esiste e in nome di quella si opera (allettamento e seduzione ai terzi prestatori che vi hanno fede), non resta che una cosa sola: condannare in solido e gli apparenti e gli occulti, affinchè quei mezzi subdoli che ad essi tornarono proficui, non si convertano in danno dei loro creditori (2). Contuttociò il criterio dirigente non immuta; e sta sempre entro questi termini, *se vi sia azione collettiva o individuale.*

Tutti gli altri criteri, se non assolutamente falsi, sono torbidi, insufficienti, inadeguati e pericolosi. La momentaneità; la specificazione degli oggetti; il limite delle operazioni; la discontinuità; la sconnessione; la prenozione degli affari, si credettero requisiti della partecipazione alla quale non si voleva dare una maggior portata per timore di compromettere l'interesse dei terzi. Stimavasi che imprese di maggior conto non avrebbero potuto utilizzarsi senza richiamare una grossa corrente del credito, e quindi senza rendere responsabili l'uno per l'altro i partecipi costituiti in società collettiva. Errore; perchè si possono tirare avanti lunghe e lunghissime negoziazioni per mezzo di commercianti isolati fra loro, e senz'altra cura comune che di tenere, a causa d'esempio, un conto corrente ove ciascuno pone a proprio debito e a credito degli altri partecipanti gli utili che ricava dal proprio commercio per venire un giorno ad una resa di conti e liquidazione fra loro. Uno sta a Milano, l'altro a Genova, un terzo ad Ancona, un quarto a Brindisi, e trafficano in grandi partite d'olio, ciascuno nel proprio nome e colla propria divisa: i loro colleghi utilitari sono perfettamente ignorati dal pubblico; e se uno fallisce, chi mai dirà che pur gli altri sono falliti insieme a lui, dato che non paghino i suoi debiti? Il contrario è affatto conforme al nostro articolo 178, che colla sua generalità e precisione ripara al difetto del precedente.

Storici imparziali, dobbiamo riconoscere che i Tribunali subivano, come di ragione, l'influenza di dettati legislativi che sembravano autorizzare quel sistema di restrizioni e quasi di sospetti. Onde tanto più sono a lodarsi quei magistrati che non mancarono alla vera teoria in mezzo al disordine della giurisprudenza. Ottimo fu il senno di quelli che si preoccuparono della *ragion sociale* come di un fatto eminentemente collettivo e seduttore che non potè spendersi, allettando i terzi, senza obbligo solidale di tutti coloro che possono credersi raccolti sotto quella bandiera. Chi esaminerà quella serie di fatti giudiziali, troverà che col progredir del tempo le opinioni si sono venute sollevando e quasi acquistando un torno liberale, deposta la grettezza antica; e gli scrittori più avanzati sono anche i più recenti. Il più valido motore che non si mostra nei volumi, ma si sente nella temperatura della vita pratica, è lo stesso commercio ove simili convenzioni sono continue e svariatissime; il commercio si disgusta delle compressioni e delle piccole precauzioni della legalità; e vuole piuttosto un abbondante criterio di buona fede, dedotto dai portamenti degli associati verso il credito pubblico.

Articolo 180.

Nel caso di fallimento, i partecipanti hanno diritto di essere ammessi al pas-

(1) Perchè allora, ci convien ripeterlo, la solidarietà risulterebbe dall'atto medesimo, e per effetto della coobbligazione che nasce dal concorso convenzionale.

(2) Allora la formola non può esser che questa: vi è società collettiva sotto l'apparenza di una partecipazione degli utili?

Digitized by Google

sivo come creditori chirografari per i fondi che avessero dato, in quanto eccedano la quota di perdita che sta a carico loro.

612. *Esposizione dell'articolo. Carattere e grado del credito dei partecipanti in concorso.*
613. a) *Compete al partecipante il diritto di concorrere fra i creditori personali del fallito per gli utili della partecipazione?*
b) *Si può esercitare il diritto di rivendicazione?*

---

612. Fallita la società in nome collettivo, e con essa gl'individui che ne fan parte, due ordini di creditori si presentano; verso la società o verso i soci. È giusto che i creditori sociali siano anteposti ai personali; ma una associazione in partecipazione non fallisce e non ha creditori; falliscono i singoli partecipanti, ed hanno in faccia i loro creditori personali. Non vi sono adunque due ordini di creditori.

Potrebbero peraltro venire al concorso dei *compartecipanti* sostenendo che avendo contribuito all'associazione danari o altre cose, hanno diritto di preferenza sui creditori personali. Che importando capitali nell'associazione, essi abbiano avuto fede in quella medesima aggregazione dalla quale si promettevano lucri e vantaggi, ciò è naturale; ma, dileguate le speranze, essi non si trovano in una posizione prevalente a quella dei creditori particolari del fallito, per la semplice ragione che l'associazione è un fatto che non esiste e non ha conseguenze giuridiche fuori della famiglia dei partecipanti, rispetto alla quale il creditore del fallito è un terzo. Se suppongasi che quel fallito abbia ricevuto da taluno dei consorti somme superiori ai suoi crediti, e che dovrebbe restituire, non è men vero che quelle somme sono entrate nel patrimonio di lui, e lo prova questo stesso di essere debitore. Tutto il suo patrimonio fu pegno ai propri creditori che ne reclamano la loro parte, qualunque ne sia la provenienza (1).

L'articolo 180 non contrasta all'adozione del principio (che non parve sempre evidente ad un modo alla giurisprudenza anteriore (2), benchè, come vengo a dire, sia favorevole ai partecipanti. *Nel caso di fallimento* (e bisogna intendere *di un partecipante*), quelli fra loro che *avessero dati dei fondi* concorrono nel passivo. A me sembra che la legge sia redatta nel senso di favorire per giustizia la condizione dei partecipanti senza ledere tuttavia le norme fondamentali della istituzione. Dei fondi possono essersi effettivamente recati all'associazione e per vantaggio comune, e lo abbiamo già avvisato nel corso di questo commento. Peraltro, se n'eccettui quei materiali che possono servire allo stabilimento, in quanto, senza avere una sede formale, ritenga un luogo centrale, un ufficio o qualcosa di simile (3), i fondi di cui parliamo sarebbero bensì *vincolati all'associazione*, ma continuerebbero a rimanere nel patrimonio dell'immittente (4). La legge suppone che quel partecipante abbia non soltanto promessi ma realmente impiegati dei capitali a profitto dei suoi colleghi (5), fornendoli a colui che ora è venuto in fallimento. Associato o no, egli è un creditore del fallito come sovventore; la legge poi dichiara di riconoscere il suo titolo nascente dai rapporti medesimi della partecipazione, e lo colloca nel rango di tutti gli altri creditori personali del fallito; semplice chirografario però, senza prevalenza di grado e senza privilegio. Di più, con savio accorgimento la legge si occupa anche di un'altra cosa. Il fallito, e chi lo rappre-

---

(1) TROPLONG, *Des sociétés*, nº 861; BÉDARRIDE, nº 439; ALAUZET, nº 249.

(2) La Corte di Parigi giudicò pro e contro negli arresti 9 agosto 1831 (SIREY, 1831, part. II, p. 259), 18 gennaio e 22 novembre 1831 (SIREY, 1833, part. II, pag. 69), e 26 giugno 1842. Anche MALPEYRE e JOURDAIN scrivono in contrario, nº 416. La Corte suprema di Francia ristabilì i veri principii nelle decisioni del 1º giugno 1834 (SIREY, part. I, p. 202), 19 marzo 1838 (SIREY, t. XXXVIII, part. I).

(3) Il che fu avvertito al num. 607, lett. *d*).

(4) Così il partecipante ne disporrebbe validamente senza potersene far carico ai terzi; i creditori di lui avrebbero facoltà di oppignorarli; ma il partecipante, in ispecie nel primo caso, dovrebbe rifare il danno ai consorti.

(5) Anche qui può giovare l'esempio. Primo, Secondo e Terzo; l'uno a Marsiglia, l'altro a Livorno e l'ultimo a Ravenna lavorano in terraglie e pozzolane, ognuno nella sua città, col patto delle divisioni degli utili (partecipazioni). La casa principale è quella di Livorno, che si serve anche dei fondi somministrati dagli altri due commercianti. Quella casa fallisce; Secondo e Terzo si trovano in uno dei casi previsti dall'articolo.

Digitized by Google

senta, ha diritto di detrarre dal debito la *quota di perdita che sta a carico* del partecipante che reclama il credito. Adunque anche sotto questo rispetto le relazioni giuridiche della partecipazione sono apprezzate ed avute in conto, e importerà un certo esame delle vicissitudini di quella impresa. Ma come avviene tutto questo? Non si è già detto che l'associazione, in faccia ai terzi, è quale non esistesse? E difatti noi non parliamo che di crediti, azioni ed eccezioni puramente personali. L'associazione in partecipazione è un titolo perfettamente giuridico, e produce i suoi effetti; quegli effetti che sono propri della sua natura. Perciò i creditori del fallito per altri titoli non possono respinger questo che non è meno legittimo del loro. Ma dovendolo ammettere, possono opporre la eccezione che discende *ex re ipsa*, vale dire la imputazione di quella parte di perdita che il partecipante deve sostenere; così la ragione di ciascuno è osservata con giusto equilibrio.

Il credito del partecipante non può primeggiar gli altri (non accogliendosi che quale chirografario), ma può essere primeggiato non solo da quei creditori che hanno privilegio, ma da coloro eziandio che avessero veste di *creditori sociali*. Il fallito fu uomo di molti affari, ed ebbe società commerciali e interessi in partecipazione. Più società commerciali possono formare cumuli distinti di sostanze sul quale concorrono con priorità di grado i creditori relativi; il partecipante se ne sta col rango più depresso dei chirografari e dei creditori personali (1).

613. Mi restano due ricerche.

a) Compete al partecipante lo stesso diritto di concorrere fra i crediteri personali del fallito per gli utili della partecipazione?

b) Non avrebbe, nei casi determinati dalla legge il diritto della rivendicazione?

Intorno alla prima è motivo di dubitare quella stessa espressione di favore che si mostra nel nostro articolo. Ivi è dichiarato il diritto del partecipante nel fallimento del socio; non ce ne può essere uno più esteso. Quanto all'intrinseco si dirà che non si può far discorso di utili percetti di fronte alla rovina di un fallimento; e dove sono questi utili? Io però sono di parere che il partecipante possa far valere il suo credito, ossia possa aver posto nella massa dei creditori.

Faccio la ipotesi. *A.*, *B.*, *C.* erano in partecipazione. Il primo fallisce. Egli aveva fatto vistosi guadagni nel commercio delle telerie, oggetto della partecipazione; il che non gli tolse di soccombere in disastrosi affari d'altro genere. Senza dubbio *B.*, *C.* devono poterlo dimostrare prontamente il loro credito; non potranno assumere faticose indagini e trasportare nel processo di fallimento una contabilità difficile; ma niente di questo; il loro conto corrente nitido e chiaro ne fa la prova evidente. Non trovo ostacolo nella legge che regolando un caso non esclude gli altri; al postutto non esclude alcun credito. Se l'associazione si estendesse a tutti gli affari del fallito, io converrei che non si potrebbe far distinzione fra perdite e guadagni, perchè l'ultimo stato è sempre la perdita. Ma essendo parziale e limitata l'associazione, il guadagno può emergere distinto dalla perdita. Una parte di quel guadagno si doveva restituire e formava debito; l'averlo il partecipante ritenuto nel proprio patrimonio produsse una fittizia attività che viene eliminata dal credito che vi corrisponde.

Il diritto della rivendicazione è incontroverso. Ci basti questo passo di TROPLONG che accenna appunto allo stato di fallimento. « Sans « doute si ces partécipans se trouvaient dans « l'un des cas où la loi accorde la rivendica- « tion au vendeur ou au commettant, ils pour- « raient l'exercer en vertu du droit commun « et en qualité des personnes privées, et ils « seraient fondés à soutenir *qu'ils ont con- « servé la propriété de leurs mises, lorsqu'elles « n'étaient ni propriété de la société, ni pro- « priété du débiteur* » (n° 864).

Articolo 181.

Salvo il disposto dagli articoli precedenti, le convenzioni delle parti determinano la forma, le proporzioni e le condizioni dell'associazione.

614. *Osservazioni critiche sul costrutto materiale dell'articolo. — Estensione e limiti della facoltà convenzionale dei partecipanti.*

615. *Gli ordinamenti della Sezione IX sulla liquidazione delle società, non sono applicabili all'associazione in partecipazione.*

(1) Salvo, ben inteso, il suo credito non fosse munito d'ipoteca.

Digitized by Google

616. *Delle conseguenze giuridiche che possono derivare da patti e convenzioni non conformi e non consentanei a questo modo di associazione.*

614. L'impero della volontà, salvo ciò che per legge è immutabile, non è forse la regola di tutti i contratti? Perchè adunque questa nozione, enunciata quasi una specialità del contratto di partecipazione?

Non è veramente che questo contratto sia privilegiato di una libertà superiore a quella che negli altri è concessa, ma a questo punto il legislatore ha ricordato di aver dettate per le società commerciali prescrizioni e cautele che non ricorrono nella presente, limitata a convenzioni interne e private. È un tratto con cui si è voluto metter in rilievo la differenza fra società commerciali propriamente dette ed associazione in partecipazione; nel rapporto dell'influsso legislativo, avvisare ad una certa maggiore indipendenza relativa. Vi è qualcosa che non è della più fina esattezza. *Determinano la forma!* Se per *forma* s'intende la modalità contrattuale in quanto riguarda gli obblighi degli associati fra loro, non è dubbio; non così per quanto concerne l'estrinseco aspetto dell'associazione che non può, a libito delle parti, assumer quello di una società di commercio con ostensione di una ragion sociale e colle altre apparenze denotanti l'unione intrinseca e l'identità, senza trasformarsi. Vi ha di più: altri canoni inviolabili esistono fuori dei quattro articoli che precedono il 181; e neppur è vero che tutti i quattro articoli siano sottratti al dominio della convenzione.

Non è sottratto al libero volere delle parti l'articolo 177, che non è *un disposto*, come si dice, ma semplicemente una nozione, un modo di essere dell'associazione, una forma infine di quella, così incompleta come si è potuto vedere al n° 602.

Nulla di ciò che è caratteristico ed essenziale all'associazione può essere dislocato dalla convenzione; ed è ben giusto. Questo enunciato è riferibile in modo diretto all'art. 179, che racchiude una verità fondamentale in una espressione non molto perspicua. Esso vuol dire, che l'associazione non realizzando giammai il concetto dell'ente o individualità sociale, non è capace di proprietà; i partecipanti non vantano diritti di condominio sulle cose dei co-associati, sebbene indicate quale subbietto della partecipanza; che per noi è una verità elementare. Un patto adunque che disponesse altrimenti sarebbe dissonante e non compatibile con questa istituzione.

Altri requisiti essenziali e indipendenti da ogni convenzione veniamo ad apprendere dalla legge civile, e in quei principii d'ordine superiore e di moralità sui quali il legislatore stesso non ha arbitrio (1).

Non oltrepassano la sfera della libertà loro concessa i partecipanti, non limitando al loro commercio tempo (2) o numero di operazioni, laonde l'articolo 181 risponde a quel largo concetto che oggidì deve aversi, da noi segnalato al n° 611. Le cauzioni rispettive, i conferimenti che dovessero farsi, il ragguaglio dell'interesse, la misura del concorso nelle perdite e nei guadagni, i regolamenti della contabilità, i doveri della corrispondenza, i periodi dei bilanci, i modi della liquidazione, le responsabilità, i compensi, le penalità, e via discorrendo, sono nella piena facoltà dei consoci; e fra codeste facoltà si comprende anche quella dell'amministrazione e di una cassa comune.

Di questo fatto concentrico si ebbe luogo a parlare al n° 607, lettera *d*. La *cassa comune* è un ente giuridico che ha i suoi diritti e le sue obbligazioni (3); essa attrae capitali effettivi e li rinversa; esercita le sue azioni coll'opera del direttore e cassiere, e collo stesso organo consuma i pagamenti. Fa di più. Ammette imputazioni, detrazioni e compensazioni, e quindi si occupa del dare ed avere dei soci: ma tutto questo nel giro interno, nei rapporti dei partecipanti; questo ente giuridico *sui generis* non è conosciuto dai terzi, per essi non esiste; i loro oppignoramenti, i loro sequestri non vanno a percuotere che quelle porzioni che spettano ai loro debitori (4). Perciò la formazione di una cassa, o quella di un'amministrazione, non eccede la podestà dei partecipanti; niuna guarentigia d'ordine che intenda al regolare sviluppo d'una istituzione, secondo il proprio fine, può dirsi ad essa ripugnante.

(1) Tali sono quelli dichiarati negli articoli 1711, 1714, 1716, 1719.

(2) In questa ipotesi si farebbe luogo al disposto dell'articolo 1708 del Codice civile.

(3) Troplong, num. 865.

(4) Ciò stesso, insegna Troplong rispetto alle società civili (num. suddetto), e in questa parte i principii regolatori non sono punto diversi.

Digitized by Google

615. Ho anche accennato alla facoltà di statuire i modi della propria liquidazione. Il metodo ha una grande significazione in un Codice fatto bene. L'attuale nostro dedica la Sez. IX (già da noi esaminata) alla importante materia *della liquidazione delle società.* Altri Codici, come l'Albertino, ne pospongono l'ordinamento all'associazione di cui parliamo; con tal metodo la cosa può parere alquanto dubbia. Ora ogni dubbiezza è levata dacchè la Sezione IX essendo anteriore nella serie, non può dominare la posteriore accortamente divisa dalle società commerciali. Una società in istralcio, cessata la sua progressività e l'azione, è tuttavia un ente giuridico, una persona operante sopra se stessa e verso i terzi, come sotto tanti aspetti fu per noi dimostrato; il fatto della sua liquidazione deve considerarsi continuativo, per essere necessario a terminare la propria vita regolarmente e onestamente. La associazione in partecipazione non può mai avere uno stato consimile; quindi la legge, nel suo intendimento di proteggere il commercio dei terzi in fatto di vere e proprie società commerciali, non si occupa del modo con cui potranno assestarsi fra loro i conti dei partecipanti.

616. Non è senza importanza il considerare quale sia l'effetto di patti e convenzioni non permessi o non consoni all'associazione. La contrattazione è forse nulla? O soltanto si annulla e cade il patto illecito? O invece l'associazione si trasforma in una società commerciale con tutti gli obblighi che ne sono la conseguenza?

A mio avviso, la decisione si desume dalle circostanze mentre ognuno di codesti effetti è possibile.

Se il patto è accessorio, e per così dire isolato, e la convenzione si vede costituita in modo da potere e dovere sussistere anche senza di quello, il patto, annullato, si elimina dalla convenzione; la quale tuttavia sussiste ed ha in ogni altra parte tutta la sua efficacia. Per esempio, in onta all'articolo 179, è stato dichiarato che i compartecipanti s'intendono avere la proprietà dei beni che altro dei partecipanti ponga ai servigi dell'associazione; se non vi ha che questo, se tutti gli altri accordi sono di una coerenza irreprensibile, la clausola, come cosa inattendibile e vana, si dilegua; massime ch'ella è piuttosto una incongrua ed errata dichiarazione di diritto che un patto; e l'associazione si sostiene (1). La nullità, essendo d'ordine pubblico, può esser opposta sì dai terzi che dai soci, e pronunciarsi d'ufficio.

Ma la contrattazione è totalmente nulla quando la violazione dei principii del diritto sociale la infetta nelle sue parti principali; la bontà e indifferenza degli accessorii non potrebbero sostenerla.

Una seria questione, dominata da regole conformi, si è sviluppata intorno all'art. 1837 del Codice Napoleone. Disponendo delle *società universali,* l'articolo suddetto dichiara che, oltre i beni presenti, possono comprendersi nella società gli utili d'ogni maniera, non potendosi però accomunare nella proprietà i beni provenienti da successione, donazione, e legato. Indi testualmente l'articolo: « Ogni « stipulazione che tenda a render comune la « proprietà, *è vietata* fuorchè fra i coniugi, e « a norma di quanto è stato a loro riguardo « stabilito ». La nullità comminata da questo articolo è di natura, che tutta quanta la convenzione ne sia compresa; ovvero non colpisce che quest'ultima parte? Giusta la dottrina di DURANTON (tom. XVII, n° 350) scindesi la convenzione; DUVERGIER (n° 103) e TROPLONG (n° 276) la vogliono interamente nulla.

Le ragioni che danno appoggio a questa seconda opinione sono prevalenti.

La convenzione si considera nel suo complesso. I contraenti vollero una parte di essa in ragione dell'altra: tutto è corrispettivo. Uno dei contraenti poteva bene, in un avvenire più o meno lontano, vagheggiare il ricco patrimonio di cui l'altro era presumibile erede; ha fatto i suoi calcoli; e si è imbarcato nella società universale. Se gli togliete quella speranza, rovinate il suo calcolo; e in effetto, a tal condizione, egli non ha prestato consenso.

Una questione consimile fece nascere l'articolo 18?5 dello stesso Codice Napoleone. Il suo tenore non è punto diverso da quello dell'articolo 1719 del Codice civile italiano (2). La nullità pronunciata da questo articolo fa cadere tutta la società; o solamente quel patto assurdo, e dalla ingordigia potente chiamato leonino, così altamente riprovato? DELVINCOURT (*Des Sociétés*, tom. III, pag. 223) e gli

(1) *Pactum non vitiat sed vitiatur.*

(2) « È nulla la convenzione che attribuisce ad « uno dei soci la totalità dei guadagni. — Parimenti è nulla la convenzione per cui i capitali o « effetti posti in società da uno o da più soci si « dichiarassero esenti da qualunque contributo « nelle perdite ».

annotatori del ZACHARIÆ (tom. III, pag. 56, nⁱ 1 e 7) furono per l'annullamento parziale; altri con miglior ragione sostennero la nullità totale (1).

Cotali riscontri, benchè del genere esemplare, sono evidenti. La nullità investe tutta la contrattazione perchè cade sulle sue parti più interessanti e vitali; ferisce il cuore, e più non permette di vivere. Non vi è nessun'altra convenzione subalterna o concorso di convenzioni subalterne oneste e di buon conto, che possano rifonder vigore alla società. Non abbiamo che far un passo per trasportar l'esempio ad una associazione in partecipazione. Offeso taluno dei cardini morali o giuridici dell'associazione, la nullità è la conseguenza. Persistendo ancora nell'esempio, non si potrà dire: ebbene il giudice riduca a termini di ragione la convenzione sfrenata e non conveniente; no: essa è irrimediabilmente nulla. Nulla, in odio di patti iniqui e incomportabili; nulla, perchè non tocca al giudice rifare di pianta una convenzione purgandola delle sue colpe, nè imporre alle parti la sua creazione, tanto più degna quanto più si scosta da quella ch'esse avevano concepita.

Dico ugualmente di quei patti che non convengono al titolo di un'associazione in partecipazione, e che porgono un insieme indissolubile, un complesso inscindibile; e non soltanto qualche vizioso patto accessorio, come avvertii nel principio di questo numero.

Merita di esser osservato il terzo problema, se per avventura la dissonanza dei patti non conduca piuttosto alla trasformazione dell'associazione, spingendola sulla via più ardua e perigliosa di una società commerciale.

Dirò poco, poichè in più luoghi si è dovuto toccare di questa specie di trasformazione forzata della partecipazione in una vera società di commercio, allorchè, malgrado il titolo e il proposito di non volere che la seconda, la forma costitutiva, la natura dei patti, gli stessi portamenti di fatto, condannano, per così dire, a subire quella società commerciale che non si era voluta. Fra le molte decisioni riferite nei num. 608, 609, abbiamo veduto questo procedere della giurisprudenza, ed è ragione. Ma, se mi è permesso di tornare un momento sullo stesso tema, non farò che proporre alcune formole definitive:

a) Se le parti dichiarano di volere un'associazione in partecipazione, e non una società commerciale, e nondimeno i patti principali suonino discordi da tale proposito, *rapporto agli associati*, la convenzione è nulla.

b) La convenzione è nulla, perchè vi sarebbe intima contraddizione fra l'oggetto espresso e i mezzi per conseguirlo; e nulla altresì, giacchè non volendosi che una partecipazione, la società non sarebbe pubblicata.

c) Non è mai che una società di un ordine si trasformi in altra d'ordine diverso contro il volere degli associati;

d) Ma abusando di una società d'ordine inferiore che ha più limitate responsabilità, e oltrepassando l'esercizio che le è prefisso, s'incontrano quelle responsabilità maggiori che sono proprie di una società diversa: *quoad obligationem non quoad actionem* (2).

Articolo 182.

Le associazioni in partecipazione sono esenti dalle formalità stabilite per le società.

In mancanza dell'atto scritto si possono provare cogli altri mezzi di prova permessi dalla legge commerciale.

La prova testimoniale però, se si tratta di affare che eccede le lire cinquecento, non può essere ammessa senza un principio di prova per iscritto.

617. *Come sia pericoloso valersi delle formalità della pubblicazione volendo mantenersi nei termini di semplice partecipazione.*

618. *Condizione dell'ammissione testimoniale nel principio di prova per iscritto. Vedute storiche.*

(1) DURANTON, tom. XVII, num. 422; DUVERGIER, num. 277 e 403; TROPLONG, num. 662; DALLOZ, *Recueil*, vº *Société*, num. 10; MALPEYRE e JOURDAIN, num. 128.

(2) Così i partecipanti che agiscono collettivamente si obbligano in solido; non sono però costituiti in una vera società di commercio a tutti i suoi effetti utili; e poichè si è dovuto parlarne più volte, basti questo riassunto.

Digitized by Google

619. *Confronto degli articoli 1341 e 1347 del Codice civile. Osservazioni di diritto probatorio. Prevalenza logica della prova scritturale adottata, anche senza necessità di legge, dal volere dei contraenti.*

620. *Della impossibilità del mezzo scritturale come limite alla disposizione del secondo capoverso dell'articolo 182.*

621. *I terzi non sono ammessi a fare la prova di un'associazione in partecipazione, mancando d'interesse.*

622. *I fatti di scioglimento dell'associazione non sono subordinati al prescritto del secondo capoverso suddetto.*

623. *Fine dell'associazione in partecipazione. Le cause dello scioglimento sono quelle precisate dal Codice civile, con due principali modificazioni.*

---

617. *Sono esenti dalle formalità, ecc.*: misurate parole per le quali è fatto chiaro che, se le *formalità* non sono richieste all'associazione in partecipazione, l'averle usate può dirsi eccesso di cautela, non ne cangia però il carattere nè impone agli associati maggiori responsabilità. L'associazione non diventa per questo solo una società in nome collettivo (1). Della qualità della contrattazione decidono le clausole dell'atto, e tutto ciò che vi ha d'intrinseco raffigurante la volontà e lo spirito di esso. Però convien dire che vi può essere del pericolo nell'uso di quelle formalità che appartengono alla pubblicazione.

L'occulto e il manifesto è veramente la forza di contrasto, l'antagonismo dinamico sul quale si bilanciano la semplice associazione e la società commerciale: e mentre nei fatti identici sono modi di essere, sono invece tratti caratteristici di due esistenze sostanziali, fra loro dissimili, nel caso nostro. Niuna cosa onesta al mondo teme la luce; ma quando la pubblicità non è puramente e semplicemente mezzo di scienza, come la stampa di un'opera, ed è insieme un fatto obbligatorio, un documento giuridico, la cosa può presentarsi sotto altro aspetto. La taciturnità, il segreto delle associazioni in partecipazione, è una porta serrata al pubblico; e questa sottrazione alla pubblicità, che non ha nulla di sfavorevole alla probità della negoziazione, prova e conclude che niente si domanda alla forza del credito; che ogni associato vive della riputazione personale e propria; e perciò non avendosi obbligazioni col pubblico, i terzi non possono esigere in compenso una comunanza di obbligazioni, una solidarietà. Pubblicando la partecipazione, lo scopo, la qualità dei negozi, i nomi degli associati, con una imitazione così pressante delle società commerciali, non si arrischia forse di confonderle? Gli associati non si avanzano già molto nella via della solidarietà, e, per le tristi evenienze, non giustificano forse una dichiarazione di fallimento generale, ossia della società, quasi annunciatasi in forma di società collettiva? Egli è per questo che non si veggono, e forse non si vedranno mai, associazioni in partecipazione sparnazzarsi nei giornali o piantarsi negli occhi del pubblico con grida e manifestazioni solenni. Ma se mai volesse farsi, si abbia cura di esporre nei più chiari termini la convenzione onde risulti la singolarità del lavoro, la personalità distinta, la esclusione di ogni sistema unitario.

618. Ristrette le discussioni dell'associazione nel cerchio degli stessi associati, la legge non ha stimato di prescrivere *la prova scritta*. La prova scritta è principalmente divisata nell'interesse dei terzi (articolo 155). Era conforme all'indole di questa convenzione il godere di tutti o quasi tutti (2) i vantaggi della prova largiti al commercio dall'articolo 92. Fra i mezzi enumerati da questo articolo, che comprendono tutte le forme della dimostrazione, ha campo aperto la prova testimoniale, dipendente dalla sola convenienza della causa, apprezzabile dal tribunale. Invece il secondo capoverso del nostro articolo 182 vi appone una fiera limitazione, riproducendo il disposto degli articoli 1341 e 1347 del Codice civile.

La Ordinanza del 1673 aveva proibito di provare le società commerciali per mezzo di testimoni. Non disponeva in ordine alle partecipazioni, ma per non passare dal sommo rigore a liberalità soverchia, la giurisprudenza si mostrava ripugnante dall'accordare alla partecipazione la prova testimoniale, se non

---

(1) Corte di Parigi, 9 marzo 1843 (Sirey, t. xliii, part. ii, pag. 273; Alauzet, *Comm.*, num. 236).

(2) Appresso si spiega questa riserva.

Digitized by Google

temperata da quel germoglio *del principio di prova scritta*, già adottato nella legislazione civile. Più avanti, secondo ci viene attestato dagli scrittori dell'epoca, la prova testimoniale cominciò ad accettarsi comunemente, malgrado la Ordinanza, per ogni maniera di società. Negli studi preliminari del Codice di commercio francese, la questione della prova risorse; qualcuno rimpianse la Ordinanza del 1673. TREILHARD propose in emendamento l'adozione del principio di prova scritta. Ma sentì rispondersi: che le associazioni in partecipazione sono fatti contrattuali che per lo più s'intendono a parole, nei fortuiti incontri delle fiere e dei mercati, senz'appoggio di lettere e di corrispondenze; che così sarebbe sagrificata la buona fede di commercianti onesti che non hanno altro torto fuorchè di credere che una promessa verbale sia un sacramento; l'inopportuno rigore non potrebbe che riuscir dannoso al commercio.

Queste idee fecero il loro cammino, e furono accolte nei Codici italiani inspirati a quello di Francia, il che può vedersi anche nell'articolo 60 del Codice albertino. Ora si è mutato consiglio; e la Relazione ministeriale è stata compiacente di dircene la ragione. « Non poteva più oltre permettersi che la partecipazione ad ingenti guadagni, o pel converso la ripartizione di perdite talora gravissime, si fosse potuto ottenere contro verità e giustizia col facile ed incerto esperimento della prova orale, non affidato ad altra guarentigia che la prudenza del tribunale. Fu quindi stabilito che nelle associazioni aventi per oggetto un valore di oltre L. 500 non sia ammessa la prova orale senza un principio di prova scritta ».

È forse un regresso? Se ne offende forse quella libertà delle prove che è lodata nell'articolo 92? L'ampiezza degli affari di commercio in partecipazione, la indefinita elasticità, il progresso di questo istituto, ci porse di già buon polso di argomenti per sostenere che bisognava uscire dalla grettezza dei nostri maggiori, e considerare questo medesimo istituto in più ampio orizzonte. Sì grande importanza, che ogni dì più si rivela, suggerì al legislatore di disciplinare in qualche modo la prova sempre incerta, sempre pericolosa sul labbro delle testimonianze orali. Tanto più che se può esser vero che simili contratti si fanno fra confidenti e con uno scambio di parole, è anche vero che, per ciò stesso, non si chiamano testimoni ad assistere al contratto; sicchè nel maggior numero dei casi non verrebbero ad accozzarsi che deposizioni dedotte da fatti circostanziali: la prova sarebbe anche più labile, più indecisa. Il commercio non ne soffrirà: siatene sicuri. Due parole sono presto scritte: se l'affare è di qualche entità, se è durevole per alcun tempo, correrà qualche lettera, qualche telegrafo: *il principio di prova scritta* non mancherà mai. Ciò che sgomenta è l'assoluto abbandono al *dictum* dei testimoni; se non può mettersi avanti qualche altro mezzo più convincente, già comincierà ad esservi una ben forte presunzione della inesistenza del contratto.

619. Ho detto di sopra che l'articolo 182 del Codice di commercio riproduce la disposizione degli articoli 1341 e 1347 del Codice civile. Ora bisogna vedere in qual modo e sino a qual punto. In secondo luogo viene il considerare se il precetto dell'articolo 182 non sia dispensato nei casi contemplati dall'articolo 1348 dello stesso Codice civile.

La prima parte dell'articolo 1341 così si esprime: « Non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione *sopra un oggetto il cui valore eccede le lire* 500, ancorchè si tratti di depositi volontari ». I termini di esso non variano da quelli dell'articolo 182. Senonchè ella è questa la regola generale nelle materie civili. Per contro la regola generale nelle cose di commercio è l'articolo 92; cioè la perfetta libertà della prova. Ne segue che, partendo il Codice civile dalla proibizione, lo ammettersi la prova testimoniale quando si abbia un principio di prova per iscritto è una concessione, laddove in commercio, partendosi da termine opposto, è una restrizione. Nel primo caso si limita il divieto; nel secondo si limita la libertà. Ciò per altro non significa fuorchè il legislatore civile è persuaso che il rigore della prova può estendersi con generale utilità a tutte le convenzioni, preferendo che taluna di esse possa cadere senza effetto per insufficienza di prova, al pericolo che vi ha grandissimo nell'abbandonare i fatti contrattuali che non siano di minimo valore ai fragili sussidi della testimonianza orale. Troppe ragioni da noi notate altrove (parlando dell'art. 92) comprovano che giova procedere più scioltamente nella generalità degli affari commerciali; nondimeno se la materia lo esige, si pon mano a discipline peculiari e non meno severe, come si vede in ordine alle società.

Se la disposizione dell'articolo 1341 è riprodotta nella prima sua parte, ciò non equivale al richiamo di esso articolo; e certo nel Codice di commercio non rientra per alcun nesso letterale la sua parte seconda, ove tratta

della inviolabilità della prova scritta in confronto della testimoniale. Nel campo largo della teoria noi abbiamo osservato questo grave tema (n° 335 lett. *d*). Si è dovuto riconoscere come una volta che si adotti, anche senza necessità di legge ma per volontà delle parti, la scrittura, se ne debiliti realmente la prova testimoniale; che non mai, o solo in qualche ipotesi, ivi considerata, possa ritenersi ammissibile. E questo si disse non riferendo alla regola del Codice civile scritta nell'articolo 1341 se non come eminentemente razionale e consentanea a quella stessa guarentigia che i contraenti vollero dallo scritto.

Questa dottrina è più rigorosamente vera nell'attuale soggetto *di associazione in partecipazione*. Vero che la legge non impone la scrittura, ma neppure concede puramente e semplicemente la prova testimoniale. Ora se il contratto fu in effetto redatto per iscritto, cesserà del tutto la influenza della suddetta prova; perciocchè se da se sola non basta a mettere in essere la esistenza legale dell'associazione, molto meno potrà sorgere a contraddire validamente l'atto scritto; e per forza di ragione si dovrà accettare quel corollario, che la prova testimoniale non potrà ammettersi *contro od in aggiunta al contenuto* di detto atto, NÈ *sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente al medesimo.*

Se però può supporsi una partecipazione per oggetto inferiore a lire 500, rapporto alla quale la prova testimoniale è liberamente ammessa, e che nonostante siasi riportata allo scritto, le tenui modificazioni da noi avvisate al citato num. 335 lettera *d* potranno aver luogo.

Qui credo dover aggiungere, che quanto io venni proponendo su questo punto d'ordine probatorio, per deduzione razionale e per conformità allo spirito della nostra legislazione, è variamente inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese.

BONNIER (*Traité des preuves*, n° 93 e seg.), e non poche decisioni, fra le quali una magistrale della Corte d'Angers del 4 giugno 1829, sono per la inammissibilità della prova testimoniale contro ed oltre lo scritto, eziandio in materia commerciale. Altri pensano diversamente (1). Della Cassazione si allegano sentenze in questo senso (2); ma venne osservato da quelli della contraria opinione, che il caso non era semplice, avendosi un *principio di prova scritta* che veniva in appoggio dell'assunzione testimoniale. Io mantengo il mio proposto senza invocare precisamente la disposizione del Codice civile, ma la ragione che non è meno potente nei fatti commerciali. Altro è che ogni maniera di prova sia ammissibile (generalmente parlando); ed altro che esistendo la prova scritta non abbia ad avere una prevalenza sulla testimoniale. E non escludo che i vizi del consenso, la simulazione, il dolo intervenuto nell'atto, non siano dimostrabili, malgrado lo scritto, da mezzi orali; teoria ricevuta eziandio nelle materie civili, sulla quale non occorre fermarsi. L'arbitrio del giudice non può trascendere sino a sconvolgere l'ordine naturale dei fatti, e attribuire maggior fede a quelli che noi percepiamo per la via indiretta delle testimonianze altrui che alla testimonianza medesima delle parti concordi nel dichiarare ciò che hanno fatto e hanno voluto fare (3).

620. Ci siamo ancora proposti nel numero precedente, se il precetto dell'articolo 182 non isfugga all'applicazione « ogniqualvolta non « sia stato possibile al creditore di procurarsi « una prova scritta della obbligazione contratta verso di lui; ovvero il creditore ha « perduto il documento che gli serviva di prova « per iscritto in conseguenza di un caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore » (articolo 1348 del Codice civile).

Motivo di dubitare egli è che l'articolo 182, nella sua recisa disposizione, non accenna nè a quell'articolo nè al suo contenuto, e nulla dice su questo proposito. Si risponde, che quelle eccezioni sono tali che non era mestieri farne una legge; la ragione le giustifica: la ragione dimostra e persuade ogni uomo che abbia senno *ad impossibilia nemini teneri*, e non potersi ascrivere a colpa ciò che si è costretti a subire per forza irresistibile. La risposta è della maggiore evidenza.

Senza negar l'evidenza, potrà osservarsi che il fatto previsto dall'articolo 1348 ha due

(1) PARDESSUS, num. 459; TOULLIER, tom. IX, pag. 238; MARCADÉ, all'articolo 1348 del Codice Napoleone, num. 7 e seg.

(2) 11 giugno 1835, 6 aprile 1841, ed altre di Corti d'appello.

(3) Quando la scrittura è obbligatoria non si ammette la prova orale contro la scritta, neppure consenzienti le parti (TOULLIER, tom. IX, p. 36 e seg.; MERLIN, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3; ROLLAND, DE VILLARGUES, *Répert.*, v° *Preuve*, num. 40 e seg.; BONCENNE, tom. IV, pag. 223 e seg.). Dove la scrittura è scelta dalle parti senza essere necessaria, ritenni (num. 335, lett. *d*) che le parti possano convenire nell'accettazione della prova testimoniale.

Digitized by Google

diversi aspetti. Niun dubbio se si verifichi la perdita involontaria del documento; ma nell'altro aspetto può esservi difficoltà. L'articolo 1348 è generale, e come tale abbraccia tutte le ipotesi possibili. La legge di commercio può avere avuta buona ragione per non farne il richiamo. Certamente quell'articolo contiene anche i *quasi-contratti* nei quali non si può ottenere prova per iscritto: la partecipazione essendo un contratto, il simultaneo consenso delle parti è indispensabile; e non si vede come non sia nel potere dei contraenti delineare sopra una carta la convenzione intesa. Bisogna convenire che il caso in cui la eccezione si renda applicabile, è rarissimo e straordinario. Si allega forse il dolo, la violenza, il delitto? Ma come può accadere tutto questo? O il delitto sussegue al contratto e non è che l'abuso della convenzione, ciò sarà indipendente da essa, la quale dovrà sempre provarsi intervenuta coi mezzi legali. O il delitto è concomitante, contemporaneo alla convenzione e vi si è introdotto corrompendola e viziando il consenso; una delle due: o lo scritto non ha potuto formarsi, il delitto non ha dunque prodotto il suo effetto ch'era quello di creare una obbligazione fittizia e falsa; o sotto quella malefica influenza si è formato lo scritto, non sarà più il caso che lo scritto non esista, e non avrà applicazione l'articolo 182. Si dovrà ricorrere ad altri rimedii, e verrà all'ordine l'esercizio della penalità. Dissi non potersi immaginare che un evento rarissimo e straordinario, pure non impossibile: tale sarebbe se, combinate le cose, un subito tumulto, una fulminante infermità, una distrazione repentina, avesse impedito di farne lo scritto.

621. I terzi non sono mai ammessi a formare essi medesimi la prova di un contratto di partecipazione.

Ciò è chiaro. Cosa pretendono i terzi? che importa loro un'associazione in partecipazione? Contro chi possono intentare azioni se non contro quelli coi quali hanno personalmente contrattato? Si conviene che, qualora fosse in loro una ragione d'interesse, potrebbero valersi della prova testimoniale malgrado qualunque divieto fattone dalla legge ai soci; tale è il loro diritto in ordine alle società commerciali. Voler comprovare un'associazione in partecipazione, è quanto voler escludere l'azione sociale. In quella vece, i terzi possono intraprendere prove orali per istabilire che non c'è una simile associazione, ma piuttosto una propria e vera società di commercio.

622. Resta per ultimo, se lo *scioglimento* dell'associazione possa provarsi con mezzi testimoniali.

S'intende facilmente che in quelle legislazioni nelle quali la partecipazione non ha d'uopo di elemento scritturale per istabilirsi, non può esserci dubbio che lo scioglimento possa provarsi d'ugual modo (1). Noi viviamo con un principio che sembra respingere codesta conclusione (2). Nondimeno stimiamo anche per noi valer possa.

Ecco i fondamenti di questa proposizione: 1° che noi versiamo in termini di eccezione alla regola generale statuita nell'art. 92, che in fatto di commercio ogni natura di prova è ammissibile (3); 2° che l'ultimo capoverso dell'articolo, malgrado la vaghezza della sua formola, non può disgiungersi dai periodi precedenti nei quali si fa chiaro essere la disposizione dell'articolo 182 diretta a provare la convenzione primitiva e lo stabilimento dell'associazione, e non i suoi fatti successivi; 3° lo spirito e la ragione della legge.

Tutto l'interesse consiste nel fermare le basi del contratto, in guisa che non rimanga in balìa di smemoraggini e loquacità testimoniali la *esistenza* e la *sostanza* dell'associazione; e il documento in cui riposa, sia abbastanza certo per apprezzare i futuri avvenimenti. Il quale rigore viene eziandio prudentemente moderato se qualche linea, se qualche fomento di scrittura apparisca da qualche parte (4). I fatti intermedi fra il nascimento della società e il termine suo, rispetto alla loro portata ed efficienza, devono bensì confrontarsi allo scritto fondamentale, ma non richieggono perciò nuove scritture, nuove convenzioni ugualmente dimostrabili: forme imbarazzanti e faticose che si accettano ma non conviene esagerare.

Ciò vuole affermarsi altresì per quanto riguarda lo scioglimento. Quando la legge ha

(1) Così la Cassazione francese nel 10 gennaio 1831 (SIREY, tom. XXXII, part. I, pag. 207). « Attendu que, si l'existence d'une société en participation peut être établie par une preuve écrite ou testimoniale, sa dissolution peut être établie par les memes moyens... ».

(2) « Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est » (Leg. 35, Dig. de reg. juris.).

(3) La eccezione non è estensibile, e nel dubbio la regola prevale.

(4) Ben intesi, in conformità dell'articolo 1437 del Codice civile.

Digitized by Google

voluto che lo scioglimento sottostia alle medesime formalità della costituzione, lo ha dichiarato (articolo 163). Acconcia e savia disposizione allorchè lo scioglimento ha influenza sul credito esterno: rapporto ai partecipanti è un fatto della stessa associazione, che o dipende dal contratto originale o dalla volontà dei soci successivamente espressa, ma non offre giammai all'ordine legale quel grado d'interesse che si attacca all'atto primordiale.

—

623. *Fine dell'associazione in partecipazione.*

Come le forme della liquidazione statuite alla società di commercio non si applicano a quelle di semplice partecipazione (num. 615); così le cause per le quali finiscono non si tolgono dal Codice di commercio ma dal civile, e sono quelle stabilite nell'articolo 1729 del Codice civile, con due modificazioni che reputo principali:

1° Una società civile che ha per oggetto una somma superiore a lire 500 (quanto dir tutte) non si provano costituite che colle forme dell'articolo 1341. La *proroga zione* deve constare per gli stessi mezzi. Noi abbiamo testè osservato che l'associazione in partecipazione non ha bisogno di alcuna forma particolare nel genere probatorio onde accertare il suo scioglimento. La *prorogazione* non è che la protrazione di questo esito ad un tempo ulteriore. In faccia alla legge civile è un fatto nuovo, una vera società nuova che si costituisce colle stesse forme, e ciò corrisponde a tutto il sistema del Codice (1). Piuttosto che una disposizione peculiare, è un'applicazione della regola dominante in fatto di prove contrattuali. Io fui sollecito di stabilire al num. 619 su qual piano diverso si svolge la prova dei contratti commerciali (2). Libertà in principio; indi una serie di limitazioni che hanno qualità e ragione di essere dai vari istituti che esigono una protezione speciale; fra la piena libertà e il fiero rigore, sta come in mezzo l'associazione in partecipazione, alla quale qualche limite è pure assegnato: ma sempre limite e non regola, non può avere una estensione maggiore dello speciale disposto che la costituisce; ond'è che la proroga non essendo in esso contemplata, sfugge alla determinazione dell'articolo 1730 del Codice civile.

2° Non ha un'applicazione piena e completa l'articolo 1731. Il conferimento di capitali è puramente accidentale nella nostra associazione. Nè mai, come fu a lungo dimostrato, la comproprietà si trasmette, ma resta nell'individuo conferente. Non si considera adunque che la condizione personale del partecipante, ed è sotto questo rapporto che potrebbe determinarsi, nella varietà delle circostanze e secondo i patti, lo scioglimento della partecipazione. Se i capitali, a dir proprio, non si conferiscono, possono bensì vincolarsi all'associazione, come pure si è chiarito; ma non risultando un titolo reale (salvo ipoteca), e tutto consistendo nel valore economico personale del promittente, se questo scade in modo troppo notevole, può dalla convenzione stessa sorgere motivo per risolverla. Pertanto l'associazione non si dissolve per la perdita *di una cosa conferita*, giusta l'articolo 1731, benchè possa esser motivo di dissoluzione il cangiamento della fortuna del socio, se nella condizione a cui è ridotto, per una causa qualunque, non si sarebbe conclusa con esso lui una negoziazione che tanto riposa sulla fiducia personale.

SEZIONE II.

Dell' associazione mutua.

Articolo 183.

L'associazione mutua commerciale dev'essere contratta per iscritto, sotto pena di nullità.

Essa è regolata dalle convenzioni delle parti.

(1) Ed anco nelle *società commerciali* la prorogazione è contratto nuovo, nel rapporto del credito e dei terzi che devono esserne informati nei modi legali.

(2) Il che sono venuto anche ripetendo in più luoghi del precedente numero.

Digitized by Google

Articolo 184.

Essa è amministrata da associati che ne sono mandatari temporanei e rivocabili, e che non hanno altra obbligazione che quella dalla legge imposta ai mandatari.

Articolo 185.

Gli associati sono tenuti soltanto alle prestazioni per contribuzione, cui si obbligarono nell'atto di associazione.

624. *Prospetto storico.*
625. *Legislazioni comparate.*
626. *Come le Associazioni mutue, nel rispetto della nostra legge, si distinguano da altre istituzioni affini, o contenenti qualche elemento comune.*
627. *Dei tratti caratteristici e proprii delle Associazioni mutue, che al legislatore piacque di non definire.*
Benchè possano esercitarsi intorno a svariati e multiformi oggetti, è giovato di non limitarli con legge preventiva; e degli studi fatti su questo proposito in Francia, che non hanno condotto a diverso risultato.
628. *In qual senso le associazioni mutue sono commerciali?*
629. *Le disposizioni degli articoli* 184 *e* 185 *sono leggi d'ordine pubblico, sottratte all'arbitrio della convenzione.*
630. *Della trasformazione dell'associazione mutua e cooperativa in società di commercio.*
Delle disputazioui elevatesi in Francia onde costituirne una società di medio genere con forme particolari determinate dal carattere di mutualità che si è voluto mantenere eziandio in confronto ai terzi; e della Legge di luglio 1867.
631. *Come nella nostra legislazione abbia prevalenza il carattere obbiettivo e comune alle società commerciali; e fin dove gli statuti della società possano disporre in guisa da tenere in considerazione, senza offesa della legge generale, l'elemento popolare e cooperativo che vi è contenuto.*

---

624. Le *associazioni mutue* o di *soccorso mutuo* hanno percorso un cammino nella storia, e non sono ancora arrivate al termine del loro viaggio. La traccia che vi lasciano segnata non è senza splendore anche nella sua più remota apparizione. Non parliamo nè di istituti governativi, nè di protezionismo organato a favore delle classi laboriose che in qualche periodo storico si è veduto emergere dalla oppressione di cui erano ludibrio generalmente le plebi, ma dello spirito di fratellanza e d'unione sorto dal seno stesso d'industri operai che presero a mettere in comune i loro sforzi e soccorrersi scambievolmente mediante associazioni intese a questo scopo. E abbiamo ben saldo argomento per credere che in Grecia e in Roma, durante il regno della libertà, quelle associazioni operaie, essenzialmente democratiche, assumessero carattere politico, mentre cominciamo a vedere sotto l'Impero rammentati i *collegia opificum* per frenarne la influenza, e diciamolo pur anche, gli abusi, se pure i sensibili nervi del governo dispotico non li abbiano esagerati. Percossi cogli altri collegi illeciti, come quelli delle religioni proibite (1), i *sodalizi* operai furono vietati; se non che si fece grazia *tenuioribus* (cioè ai più vili uomini) (2) di contribuire mensilmente una *stipa*, ossia un meschino obolo pei bisogni della loro società (3), e di congregarsi al mese una sola volta, non trattando che della loro economia. E tali collegi dissipandosi per ordine dell'autorità, si permetteva dividersi le somme che i *sodales* tenessero in deposito (Leg. 1 e 3

(1) La giudaica o cristiana che allora i gentili facilmente e volontieri confondevano, di che abbiamo un bel monumento in CUJACIO, *Observat.*, lib. VII, cap. XXX.

(2) *Villoribus*, ACCURSIO e CUJACIO, ibi.

(3) *Stipes* — quod per stipes, id est modica æra colligatur (Leg. *Ager* 27, Dig. de v. s.).

15 MAG 1869

Digitized by Google

de coll. et corpor.). Mi piacque notarlo affinchè si vegga questa specie di rapporto fra le nostre società cooperative e quelle di un'epoca sì lontana.

Nel medio evo, e in Inghilterra specialmente, le corporazioni o *ghilde* di mutua assistenza furono istituite con leggi riconosciute dal governo; istituzioni umanitarie a sussidi di poveri, di pellegrini, di schiavi e per ogni maniera di beneficenza (1). Simili istituzioni s'incontrano nelle Gallie al tempo della invasione dei Franchi, e nel Belgio sotto Carlo Magno (2).

A parte quelle associazioni che con elemento filantropico, più o meno pronunciato, si mescolavano nella politica, quali i biblici, gli operai di Gerusalemme, i franchi muratori o le confraternite religiose, meno intente al proprio comodo che all'esercizio della carità, due società si ricordano da sè per la celebrità loro, le *Corporazioni di arti e mestieri* e il *Compagnonaggio*. Volgendo uno sguardo ai tempi nei quali si formarono e a quelli pei quali passarono con una tenacità e una potenza di coesione quasi incredibile, s'intende facilmente essere questi ridotti della democrazia, o del popolo che ignorandone il nome, nella unione cercava la forza da opporre alle caste più orgogliose; poichè vi fu una età in cui tutto si faceva a dispetto e per contrasto (3). Lo spirito d'indipendenza infiltrandosi sin d'allora in simili aggregazioni, ne presero ombra i governi, ed o veramente si trascorresse negli abusi, o i sospetti, come per solito, esagerassero il male, la umanità e la politica si concentrarono nelle sètte segrete che a lor volta minarono i governi. Il fratellevole appoggio e il mutuo soccorso, non diviso da uno scopo di comune utilità e guadagno, dominava in quelle associazioni non altrimenti da ciò che più largamente e con più libero slancio si manifesta nei tempi attuali.

Senza parlare di associazioni formatesi dalla semplice azione popolare in Germania ed in Francia (4), bisogna passare attraverso il periodo rivoluzionario e quasi tutto l'impero per avvicinarsi al tempo del più vivace e fruttuoso riannodarsi delle classi operaie, della cui saggezza e previdenza erano monumento le casse di risparmio. Si conta che nel 1846 le quattrocento sessantadue corporazioni di Parigi vi avevano nientemeno che un deposito di franchi 3,610,679, e molti altri fondi sparsi altrove. Nei dipartimenti, la statistica portava una cifra di depositi nelle casse di risparmio di franchi 2,134,511. Società di mutuo soccorso nel 1852 erano in Francia sino al numero di 2438. Numero di soci 249,422, fra i quali 26,181 donne. In Inghilterra è un vero prodigio. In tempo recente, 14,000 società legalmente riconosciute con 1,600,000 membri, un reddito di 70 milioni, e 160 milioni di capitale. Se aggiungansi le società mutue non registrate, si ha un complesso di 33,232 società, con membri 3,032,000, che dispongono di un reddito di 125 milioni, e 285 milioni di capitale! (5). Ora siamo al 1868: chi può misurare il progresso che si è fatto? Oh Italia, sorgi una volta a tanto esempio!

625. *Legislazione inglese.*

Quando i grandi fatti sociali si sono sviluppati per la forza delle cose, e hanno preso, per dir così, il dominio del mondo giuridico, allora il legislatore sente il bisogno di regolarli: tanto è vero che le leggi sono sempre precedute dal diritto. La legislazione sulle società di mutuo soccorso non apparve che sulla fine del secolo scorso in Inghilterra. Nel 1793 fu riconosciuto, coll'atto detto di *Giorgio Rose*, il diritto di associazione come di diritto comune, ed in ispecie quello di costituire società di mutuo soccorso sotto la osservanza delle leggi generali. Dichiarate alcune regole che i patti potevano modificare, dal lato della restrizione è notevole l'obbligo di non variare lo statuto senza l'assenso dei tre quarti dei membri presenti alle assemblee generali, e il divieto di sciogliere la società (prima del tempo, s'intende) se non col suffragio dei cinque sesti dei soci. Qualche disposizione limitativa vi ha pure sul modo di divisione del fondo sociale. Alcune modificazioni furono arrecate dagli atti del 1803, 1809 e 1817. Altra legge del 1817 autorizzò le società a deporre i loro fondi nelle casse di risparmio, colla garanzia data dal governo di un interesse del quattro e mezzo per cento (6).

D'allora sino al 1850 furono promulgate di-

(1) De Gerando, tom. IV, pag. 57 e seg.; *Histoire des classes ouvrières*, par Lavasseur; Boccardo, nel gran Dizionario *Società di mutuo soccorso*.

(2) Moke, *Moeurs, usages, ecc. des Belges*, c. XIX,

(3) Lacroix, *Histoire des anciennes corporations d'arts et métiers*.

(4) Società dei minatori di Harz nel 1524; di Lilla nel 1580, ecc.

(5) Quell'esimio erudito che è il professor Boccardo, dal quale traggo queste notizie, attesta che siamo ancora lontani dalla realtà; molte altre associazioni essendovi non abbastanza conosciute.

(6) Boccardo, Dizionario suddetto.

sposizioni le quali consacrarono nelle associazioni di mutuo soccorso quell'ampiezza di libertà, rapporto all'oggetto, che è loro propria, mantenuta l'indole e lo scopo che le distingue. Con quella sollecitudine onde i governi provvidi promuovono il bene, si tracciavano grandi linee: porgere soccorsi alle infermità dei soci, dare pensioni alle vedove e ai loro orfani, assicurare dai danni di epizoozie, incendi, naufragi, inondazioni e altri sinistri calcolabili con norme di probabilità; coadiuvare al mantenimento delle famiglie indigenti dei soci, alla educazione dei figliuoli, dotazione delle femmine; agevolare l'emigrazione. Piuttosto indirizzo che impero, autorevole consiglio che precetto, compendiavasi ciò che vi ha di più benefico e desiderato nella società di mutuo soccorso, certamente senza precludere altre materie, altri argomenti della carità e dell'ordine.

Codeste società hanno degli obblighi i quali corrispondono a certe franchigie e diritti, che in Inghilterra si chiamano privilegi (1). Per godere dei quali privilegi annessi alle società legalmente riconosciute, la società si denuncia ad un pubblico uffiziale a ciò incaricato che la registra, esibendosi lo statuto che deve manifestare la denominazione, la sede della società, la qualità delle sue operazioni, il modo d'impiego dei fondi, la cifra dei contributi, la natura delle assicurazioni e la tavola che ha servito a determinarle; le attribuzioni degli agenti e la forma del giudizio scelta alle liti (2). Società *accertata* (3) è più che registrata, ed ha i seguenti privilegi. Diritto prelativo pei crediti sociali verso i creditori, eredi, legatari dell'amministratore in caso di fallimento o di morte. Tali società sono autorizzate a depositare direttamente i suoi fondi alla banca d'Inghilterra nel conto dell'amministrazione del Debito pubblico, coll'interesse di venti centesimi per cento lire al giorno. Tutti gli atti che le riguardano sono esenti dal registro; e così pel diritto di trapasso le somme pagate alla morte del socio sino alla concorrenza di franchi 1250. I pagamenti fatti agli eredi presunti (in buona fede) non possono esser reclamati dagli eredi veri contro la società.

« Il tesoriere d'ogni società (4) deve depositare una somma in danaro, e fornire inoltre due fideiussori solvibili. L'attivo sociale deve esser depositato nelle casse di risparmio o esser impiegato in fondi pubblici, in mutui ipotecati, in prestiti alle amministrazioni parrocchiali o di contee se può essere privilegiato sul prodotto di una tassa qualunque, finalmente in anticipazioni ai soci nella proporzione che è loro guarentita dalla loro polizza d'assicurazione sulla vita. Il *trustee* (amministratore) ha del rimanente il maneggio dei fondi e la piena libertà dell'investimento. Non può stare in giustizia salvochè in nome della società; ma in ogni altra emergenza conclude e firma in suo proprio nome. Deve rimettere al *registrar* un contoreso annuale ed un conto di ricapitolazione quinquennale. La dissoluzione della società non può esser pronunciata che col consenso di tutti i pensionari e di cinque sesti dei membri attivi. Nel cómputo dei voti, ogni socio che appartenga alle società da oltre cinque anni ha un voto addizionale per ogni quinquennio, ma non può mai disporre di più di cinque voti. I fondi disponibili devono sempre, in caso di liquidazione, ricevere la destinazione preveduta dagli statuti. La stessa persona può appartenere a più società, ma a condizione ch'ella non possa ricevere dalla totalità dei suoi versamenti che un capitale di franchi 2500 una volta tanto, oppure una pensione vitalizia di 750 fr., od un soccorso di 50 fr. per settimana in caso di malattia ».

È da ricordarsi la legge del 7 agosto 1862, che si occupa delle società in capitale variabile (quali sono quelle di cui parliamo), e ne restringe, ossia ne determina meglio l'oggetto. Fu osservato che simili società in Inghilterra sono aggregazioni di capitali meglio che di persone. La legge proibisce imprese di scavamenti di miniere, di banca, qualche altro affare che richiede per guarentigia del credito maggior fermezza di capitali. Essa pure, come vedremo la francese, esclude i capitali grossi; e non si può contare un interesse maggiore di lire 200.

Legislazione francese.

Le società di mutuo soccorso nella piena loro libertà erano procedute in guisa che sino

(1) Quali sarebbero: prelazione pei crediti della società nelle successioni; facoltà d'infligger multe e ammende ai soci colpevoli; forma sommaria di procedura ed esercizio gratuito; sanzione data al giudizio arbitrale senz'appello, ecc.

(2) BOCCARDO, opera citata.

(3) Se le tavole della società furono approvate dall'*actuary* (segretario calcolatore) del debito pubblico, e da qualunque altra persona avente almeno cinque anni di funzioni di *actuary* in una delle compagnie di Londra, Edimburgo o Dublino.

(4) Qui mi valgo delle parole del professore BOCCARDO, il cui nome ci è garante della più severa esattezza.

Digitized by Google

al 1850 non richiamarono l'attenzione del governo. Allora si disse di volerle proteggere. Avrebbero dunque ottenuto un riconoscimento autentico, favori e vantaggi, sottoponendosi a certe condizioni. Chiedere il riconoscimento presentando gli statuti, nei quali lo scopo della società si vedesse determinato; le condizioni di ammissione o di esclusione dei soci vi fossero regolate; i sussidi, le spese funerarie, come l'ammontare delle quote, l'epoca della esazione, le forme di percezione, il modo d'impiego dei fondi e diritti d'amministrazione, devono pure risultare dagli stessi statuti. Necessario il numero di almeno cento soci, e non potersi eccedere il numero di duemila. Si dispone dei versamenti da farsi nella cassa pubblica dei depositi e delle consegne. Obbligo di avvertire il sindaco che ha diritto di presiedere alle adunanze; obbligo di comunicare i libretti, registri, processi verbali e ogni altro documento al prefetto sotto-prefetti e sindaci o ai loro delegati; di sottoporre ogni anno al sindaco ed al prefetto il resoconto delle operazioni fatte in quel corso e lo stato di situazione. Divieto di modificare gli statuti o di sciogliere la società senza permesso del governo; e dovere di osservare i metodi di liquidazione prescritti dalla legge comune.

La società avrebbe in compenso i seguenti vantaggi: 1° facoltà di far depositi nelle casse di risparmio di fondi uguali a quelli che sarebbero permessi ai singoli soci; 2° di ricever donazione e legati col placito superiore; 3° diritto di aver gratuito dal municipio il locale ove tenere le adunanze, e gratuiti i libretti e i registri; 4° esenzione dalla registrazione e dal bollo per tutti gli atti della società.

Tali erano le disposizioni della legge inglese del 15 luglio 1850 e del 14 giugno 1851.

Questi diritti e privilegi furono di molto accresciuti colla Legge del 26 marzo 1852 per le società che si chiamarono *approvate;* e vi furono annesse obbligazioni anche maggiori sino a ridurre in certo modo la società a ricevere il proprio programma dalle mani del governo.

Non entrerò in ulteriori particolari, solo avvertendo come si trovassero allora tre ordini di società di mutuo soccorso in Francia. Le società private o libere che non riportano che il permesso della polizia, vivono nella legge comune, e non hanno altro diritto che quello di far depositi alle casse di risparmio. Società *approvate semplicemente*, e società *riconosciute quali stabilimenti d'utilità pubblica*, costituite con Decreto del governo, previo avviso del Consiglio di Stato, e ammesse al godimento di tutti i diritti guarentiti da una protezione speciale (1).

Il sistema francese fu più o meno seguito nel Belgio (Legge 3 aprile 1851) e in Germania. In Prussia negli ultimi tempi si mosse da un punto del tutto diverso. Per l'articolo 11 della legge votata dal Parlamento nel marzo del 1867, tutti i membri della società furono dichiarati personalmente e in solido responsabili eziandio per le obbligazioni contratte prima della loro ammissione.

626. Cominciamo ora ad occuparci della nostra legge.

Il titolo è *Associazioni mutue.* Prima di esaminarne la vera e propria indole in relazione alla nostra legge, giova notare come si distinguano da altre istituzioni affini e contenenti alcun elemento comune.

Vi sono delle associazioni che hanno un carattere di previdenza e di sussidio nei bisogni della vita che qualche ragione di analogia potrebbero offrire: tali sono le assicurazioni sulla vita, le tontine e simili. Ma presto se ne ravvisa la varietà nella loro indole alcatoria e speculativa. Manca il requisito caratteristico della *mutualità;* senza il quale non vi ha società, nè quindi può applicarvisi veruna delle forme affatto peculiari ed eccezionali, che in questo stesso rapporto hanno la loro ragione di essere. Imprese di assicurazione che si assumono generalmente da compagnie che si costituiscono in società, le quali poi a loro volta sono governate dalle leggi di commercio; ma fra esse e gli assicurati non vi ha attinenza sociale. Rispetto però alle *tontine* si potrebbe osservare che un elemento di mutualità esiste, ed anzi è un vero elemento organico, in quanto l'alea si aggira e si viene continuamente agitando fra i medesimi assicurati, guadagnando i superstiti e vantaggiandosi di quelle risorse che si abbandonano dai trapassati. Veramente la mutualità è innegabile: ma non è alimentata dalla spontaneità; è la legge *fatale*, la chiamerò così, a cui si sono sottoposti gli associati; e non è *mutuo soccorso*, che anzi si escludono a vicenda in quel giorno tremendo della vita e della morte; onde il volgare *mors tua, vita mea.* L'insieme di questa sezione, benchè non si enunci che colla epigrafe di *associazione mutua*, esclude questa specie di associazione (2).

(1) Boccardo, *Dizionario di economia pubblica e commerciale*, v° *Società.*

(2) Delle associazioni (assicurazioni) terrestri sarà tenuto proposito, trattando delle marittime.

Digitized by Google

Quelle che chiamiamo *assicurazioni mutue*, e anche *società di mutuo soccorso, contro i danni della grandine* ed altre consimili, non appartengono propriamente alla categoria delle associazioni che veniamgo ad esaminare. Tali società si erigono con Decreti Reali, e nello stesso modo possono modificarsi i loro statuti (1). Le associazioni delle quali trattiamo non sono assoggettate all'autorizzazione governativa (2).

Un'appendice, che noi destiniamo alle *assicurazioni terrestri*, dopo le marittime, esporrà il carattere e la teoria di quelle istituzioni; e nuove differenze verranno a percepirsi.

Associazioni mutue, dette anche *cooperative*, sono quelle nelle quali si riuniscono in numero qualunque, generalmente assai esteso, uomini non commercianti e viventi del proprio lavoro manuale o meccanico; uomini del popolo che per soccorrere scambievolmente ai bisogni ai quali è esposta la precaria esistenza economica loro personale e delle proprie famiglie, congiunti per lo più in fraternità industriale, e distinti per classi, convengono di fare un cumulo dei loro risparmi mediante piccole contribuzioni periodiche o no, di maniera da renderli fruttiferi, e formarne col decorso del tempo un capitale da erogarsi in quelle necessità dei soci che sono previste e dichiarate dallo statuto, senza escludere altri fini ed altre applicazioni.

Infermità, vecchiezza (infermità abituale), morte, per aiuto dei poveri e abbandonati successori, sono le principali obbiettive di questa associazione pia, nobile, santa. Essa si estende ancora sul campo della sventura e della riparazione. Insistenti carestie, casi inopinati di guerre e pestilenze che aumentano in modo eccessivo il valore delle sussistenze o rendono impossibili i profitti del lavoro; incendi, inondazioni, rubamenti che colpiscono uno dei soci nel suo particolare, distruggono i suoi utensili, la casa, la bottega ove esercita il suo mestiere, trovano in questo fondo un pronto rimedio. L'alacrità, la energia dell'operaio si raddoppia nel sentimento della sicurezza; la sua posizione è meglio difesa da quella che chiamasi, in linguaggio socialistico, tirannia del capitale; la sua dignità è assicurata dall'umiliazione dell'elemosina (3).

627. La nozione ci sembra completa; ma quanti tratti hanno dovuto considerarsi per descrivere quella che si direbbe la fisonomia di quest'istituzione e separarla dalle consorelle! E non rimane sempre un certo indefinito, una vaga aspirazione filantropica e umanitaria, non facile a contornarsi nell'ambito netto e positivo della giuridica? Insomma, non avrebbe fatto cosa buona il legislatore determinando gli scopi parziali, e in qualche modo circoscrivendo l'azione di un istituto altrettanto benefico quanto esposto a tutte le esagerazioni del sentimento e alle illusioni della speranza?

Alcuno sarà disposto a crederlo anche perchè abbandonata a se stesso, l'associazione mutua, non assistita dal governo (del che però non mi dolgo), potrebbe desiderare una certa sistemazione dal Codice, mentre tutto si riduce a questi poveri cinque articoli, che sembrano fare studio onde spiegarsi il meno possibile.

Quando il riordinamento delle società anonime venne offerto in progetto da DUVERGIER, consigliere di Stato, nel 28 marzo 1865, le società cooperative vi trovarono un titolo bello e formato, e fu il quarto, intitolato: *Dispositions particulièrs aux sociétés de coopération*. Nell'articolo 51 le operazioni erano state limitate (4). Questo progetto, votato dal Corpo legislativo, subì due riforme radicali, prima dallo stesso governo, indi dalla Commissione. Uno dei più gravi pensieri fu la costituzione del capitale, la cui *variabilità* si trova aver rapporti di convenienza colla natura dell'associazione operaia che aumenta e diminuisce con una vicenda pressochè continua.

E qui mi si permetta d'interrompere il discorso per accennare alla ragione urgente di una discussione che non avrebbe ragione di essere nelle ristrette vedute di questa sezione. Protesto che dovrò più avanti ripetere questo fatto di una estrema influenza ed organo vitale della comunicazione fra la vita interna ed esterna della società.

Se il *mutuo soccorso* è un'impresa tutta fra-

(1) Un esempio. Quella di Milano si vede costituita con decreti reali del 14 maggio 1860, 16 maggio 1861; e con altro decreto del 24 aprile 1863 si approva la modificazione degli statuti.

(2) Relazione ministeriale.

(3) Vi sono società di questo genere, nominate di *consumazione* o di *famiglia* che si propongono di comperare derrate all'ingrosso al tempo opportuno, rivendendole ai soci a prezzi ridotti, secondo il loro bisogno.

Vedi sulla materia DE GERANDO, *Traité de bienfaisance publique*; DABOUTEVILLE, *Mémoirs sur les sociétés de prévoyance*; LAURENT, *Le paupérisme et les associations de prévoyance*; DU CELLIER, *Histoire des classes laborieuses en France*.

(4) Come pure si accennò al nostro nº 507.

Digitized by Google

terna, intenta allo scambievole sussidio dei soci; che impiega modestamente i suoi capitali nelle casse di risparmio, e non innalza le mire a maggiori guadagni esponendosi all'alea del commercio; se, come si esprime la Relazione, coteste associazioni non *si propongono un lucro ma solo la vicendevole assicurazione da un danno*, si disputerebbe senza perchè della consistenza di un capitale a garanzia di terzi, mentre la mutabilità di questo capitale produsse un'apprensione tanto grave nella mente di quei giureconsulti che ne fecero il più profondo esame. Ma egli è piuttosto, e qui viene il nodo difficile, che le società cooperative, cominciando da umili sorgenti, come il ruscelleto del Testi, si formano coll'andar del tempo e coll'accumularsi delle materie, grossi fiumi, correnti commerciali, ed in gran parte si trasformano e cangiano natura.

L'idea della variabilità del capitale corrisponde a quella della mutabilità delle persone; l'una e l'altra hanno una certa relazione determinata dall'oggetto. Il governo francese, esaminando il principio di Duvergier, proponeva di restringere la facoltà di avere un capitale e un personale variabile a quelle società mutue che avessero *un oggetto legalmente determinato*. La Commissione allargò la mano. Le sue considerazioni erano elevate. Limitare l'oggetto, dicevasi, ciò è indispensabile; ma dopo questo principio restrittivo, un sistema favorevole « di compiacenza doveva « abaisser les barrières que dans la législation « générale pourraient faire obstacle à l'éta« blissement ou à la marche des sociétés de « coopération, et leur permettre aussi de « choisir la forme qui leur conviendrait le « mieux ». Invece di aggravare quelle che già sussistono, si è creduto più favorevole al loro sviluppo, lasciare alle convenzioni la maggior libertà, senz'altro rattento che il rispetto della legge generale, mitigata nel suo rigore; e senz'altra garanzia che il limite dell'oggetto al quale sarebbe ad applicarsi questa legge più favorevole.

Lascieremo la parte che riguarda la costituzione del capitale, del quale parleremo in appresso, per concentrarci *sull'oggetto e scopo* dell'associazione.

La Commissione riconosceva adunque che qualche misura avrebbe dovuto circoscriversi all'azione delle società cooperative. Essa ampliò nonostante il proposto, e aggiunse (oltre la facoltà di aprire ai soci dei crediti sulla società e qualche altra operazione indicata dall'articolo 51 del progetto) la facoltà di « construire des maisons pour les associés; « faire en commun des travaux en exécution « de traités ou de marchés; acheter pour re« vendre, *non seulement aux seuls associés « mais aux associés et aux tiers* ». Così era inaugurata la vita estrinseca dell'associazione.

Ma un più forte spirito liberale soffiava contro ogni specie di restrizione. Perchè non si possono proporre, dicevano alcuni, delle regole generali capaci di abbracciare tutti gli oggetti dell'attività delle associazioni cooperative, e farne un *diritto comune* commerciale per tutti i cittadini? Qualunque pendìo di eccezione e di privilegio doveva esser distrutto, sino il nome di *società cooperative* piaceva abolirsi: sole guarentigie le condizioni della legge generale, senza pertanto scoraggiare i piccoli capitali, prodotto del lavoro e dell'economia, che venissero ad offrire il loro concorso, la loro forza a tali benefiche associazioni (1).

Quale fu il risultato di un dibattimento assai più lungo che noi non possiamo enunciare? Nacque una legge nella quale non si pronunziò il nome di *società mutue e cooperative*, ma si stabilirono tali norme, che non potevano applicarsi che ad associazioni di quella natura; le quali, *per la variabilità del capitale*, come da nota caratteristica e speciale si distinsero verso le ordinarie società di commercio; lasciando nel resto la più completa libertà agli statuti di formare su questo modello società cooperative ad uno scopo qualunque pel quale questa forma di società fosse attuabile.

Che avviene da noi? Ecco come si espresse la nostra Commissione, alla cui iniziativa dobbiamo questo incremento della nostra legislazione commerciale (2): « Quanto alle mutue, « non si è creduto di doverle definire. *Esse « invero sono e possono essere così multiformi, « sì diverse nel loro scopo ed oggetto, che vo« lendo darne la definizione non avrebbesi po« tuto sfuggire al pericolo di non comprenderle « tutte*. Si è creduto ancora non doverle sot« toporre alla necessità dell'autorizzazione « governativa. È questa principalmente una « guarentia pei terzi: ora l'associazione mutua « come quella in partecipazione, non costi« tuisce un ente sociale col quale abbiano i « terzi a contrattare. D'altronde le mutue non « si propongono un lucro; esse han per og-

(1) Loi du 24 juillet 1867, annotée.
(2) Processi verbali, tornata del 21 maggio 1865.

Digitized by Google

« getto la vicendevole assicurazione da un « danno » (1).

Malgrado la protesta della Commissione di non voler definire le associazioni mutue per non omettere qualcuna delle sue moltiformi manifestazioni, non pertanto possiamo raccogliere elementi sufficientemente caratteristici: 1° la mutualità spontanea e cooperativa; 2° il carattere famigliare e interno dell'associazione; 3° lo scopo conservativo e difensivo, e non lucrativo e diretto a speculazione commerciale. Onde risultano evidenti le note differenziali da noi avvisate al num. 626 (2). Ma niuno degli oggetti che in tale periferia ideale si contenesse, venne escluso.

628. In qual senso le associazioni mutue sono commerciali?

Mancando il carattere speculativo e lucrativo ciò potrebbe sembrare una negazione dell'indole commerciale e un'anomalia del Codice di commercio (3). È bensì vero che neppure l'associazione in partecipazione *è un ente morale*, e rispetto a lei non ci son terzi, ma essa è animata dal guadagno, la sua molla è il guadagno, e i mezzi con cui tende a realizzarli sono commerciali. Una unione di operai che viene di tempo in tempo depositando i suoi piccoli avanzi in una cassa di risparmio affinchè, accresciuti del modico interesse, se ne formi un capitale, che poi dovrà riversarsi nell'associazione a profitto degli individui e secondo certi loro bisogni, assume forse un'impresa di commercio? (4) Ne troviamo forse una simile annoverata in quell'emporio degli atti di commercio descritti nei tre primi articoli? Trascorrendo l'articolo 723, che spiega tutte le condizioni della giurisdizione commerciale, è anche difficile coordinarvi un'operazione del genere economico qual è la nostra. Eppure chi potrà dire che il Codice di commercio abbia fra i suoi istituti qualcuno che sfugga alla giurisdizione commerciale; e chiamato a farne parte come per distrazione e per caso, sia in quella vece un fatto della competenza civile, amministrativa o penale?

Prima d'ora i fatti d'associazione mutua, vaganti fuori dei Codici, sarebbero stati considerati commerciali o civili, secondo le qualità delle persone e secondo la natura degli atti che si fossero eseguiti, in relazione ai principii generali della competenza. Ma è nella suprema podestà del leggi-fattore il declinare dagli ordini comuni dell'analisi, e attribuire senz'altro un carattere deciso di commercialità od atti che non potrebbero acquistarlo coll'applicazione di principii esistenti. Checchessia la ragione, è più che certo che le associazioni mutue sono oggidì fatti *commerciali*, stando tuttavia nei termini che l'autorevole commento della Commissione e del guardasigilli hanno opportunamente indicati.

A quali effetti? A quelli certamente della giurisdizione commerciale, onde un capitolo bisogna aggiungere all'articolo 723. Un grado di maggiore celerità si è voluto imprimere agli affari delle associazioni mutue; una certa maggior forza a quella gestione. Questo però è da osservare che, non essendo i contribuenti dei veri commercianti (5), non saranno soggetti ad arresto personale, nè si farà luogo al fallimento collettivo o individuale.

629. Noi continuiamo a considerare l'associazione nella sua forma naturale, la chiameremo così, e non nella sua possibile trasformazione in società commerciale, di che parleremo in appresso.

Essa è regolata dalle convenzioni delle parti (6). Ma tosto susseguono due leggi ordinanti il modo dell'amministrazione, e limitanti l'obbligo degli associati alle prestazioni convenute. Sono leggi d'ordine pubblico o possono modificarsi dal patto sociale?

Io sono d'avviso che le disposizioni portate dagli articoli 184 e 185 siano leggi d'ordine pubblico.

Ripugna all'essenza dell'associazione la perpetuità e irrevocabilità degli amministratori. La loro qualità non può esercitare, come nelle società in nome collettivo, una influenza contrattuale; nè imporsi ai soci come un'obbligazione corrispettiva; nè raffigurare una guarentigia a favore dei terzi. Lo stesso deve

(1) Le ultime parole leggonsi ripetute nella Relazione ministeriale, trascritta prima del nostro commento.

(2) Le società *mutue per la grandine* organizzate come società commerciali, comunque abbiano l'elemento della mutualità, attesa l'indole loro speculativa, non sarebbero comprese in questa sezione.

(3) La legge francese difatti, esaminando le società *a capitale variabile*, le guarda nel loro complesso e nel punto di vista commerciale.

(4) Se anche un commercio avesse luogo per gli usi della famiglia, come in quello di *consumazione*; e sotto qualsivoglia forma, sempre allo intento del benessere della famiglia medesima, e non a fine speculativo, le stesse riflessioni conservano la loro forza.

(5) Se commercianti, si avrebbe il fallimento individuale.

(6) Vedi anche il num. 632.

Digitized by Google

dirsi rapporto alle obbligazioni del socio. Niuno deve rispondere che per sè e per quello che si è tolto di contribuire. Talvolta la contribuzione è una facoltà. L'operaio, il povero associato verrà a deporre il suo danaro quando ne avrà e potrà: il suo obolo sarà sempre ricevuto come in una cassa di risparmio. Ciò dipende dalla convenzione. Una corresponsabilità non può neppure concepirsi. Qualche cosa poi diremo a suo luogo degli altri due articoli.

—

630. Ora bisogna osservare l'associazione mutua o cooperativa nella sua trasformazione in società di commercio.

Senza molto sforzo, si può immaginare da umili principii e per via di contribuzioni povere, lente, ma continue e prestate da migliaia di mani incallite dal lavoro, si può immaginare, io diceva, una raccolta di cospicui capitali anelanti al commercio per quella forza di espansione che è della loro natura. Tutte codeste associazioni salite a un certo grado di prosperità, finiscono col diventare società di commercio. La nuova legislazione francese difatti, senza occuparsi dell'associazione mutua nel suo privato costume, direi così, e nel suo stato di convenzione famigliare, la esamina piuttosto nella sua manifestazione commerciale; e poichè trattasi pur sempre di elementi molto speciali e molto distinti da quelli comuni alle altre società di commercio, se ne creò un apposito titolo con disposizioni che possono dirsi particolari.

Esse possono riassumersi nel modo seguente (1):

a) Variabilità del capitale.

È della natura delle associazioni mutue e cooperative di ammettere versamenti successivi a comodità, e nello stesso tempo di lasciare aperto il ruolo a nuovi aggregati, a nuovi operai che entrano mano mano nell'associazione, e la vengono aumentando di numero e di forza. È del tutto caratteristico di cotali creazioni popolari il dover lavorare primieramente alla formazione del capitale, ma conviene anche ritenere che non si vorrà passare dallo stadio dell'associazione privata a quello di società commerciale, se non qualora coi successivi incrementi un capitale, sufficiente all'impresa, siasi costituito. Ma se il capitale aumenterà per lo aggregarsi di nuovi soci, tanto meglio: non è dell'aumento dei capitali che si preoccupano i terzi, ma della diminuzione.

b) Fissazione del minimum *del capitale.*

La mobilità del personale dei soci è naturale alle società cooperative, specialmente *teneris unguiculis*, e prima che l'associazione, balda di forze, possa entrare fra le potenze del commercio. Bisogna lasciar aperto l'adito, lo dissi altra volta (n° 507), così all'ingresso come all'egresso, all'operaio, manuale, piccolo industriante che a sforzi tenui e replicati si è formato un qualche valsente, e che ad un certo momento, per qualche necessità irresistibile, è costretto a ritirare; bisogna lasciargli questa libertà senza proibirgli pertanto d'impiegare i suoi risparmi e di trarne il maggiore profitto. In questa condizione di cose, i legislatori che se ne occuparono di proposito, determinarono il *minimum* del capitale. Dissero, per esempio, che il capitale sociale non potrebbe costituirsi in una somma superiore a 200,000 fr. (2), quantunque potrebbe di seguito e con deliberazione dell'assemblea aumentarsi; ma non più di 200,000 franchi per volta e per anno.

E per qual ragione? Nelle società a puro capitale, nelle società anonime, la persistenza del fondo capitale è la sola e la vera garanzia dei terzi; ora se altri riflessi ci consigliano a permetterne la diminuzione per lo successivo ritirarsi dei soci, questa base di sicurezza si va disperdendo, e l'interesse dei terzi è gravemente compromesso. Perchè adunque nelle società aventi carattere di cooperative, comunque erette in forma commerciale ed anonima (3), sia possibile il diritto di recesso, e nello stesso tempo i terzi conoscano sino a quale misura possano aggiustar credito alla società, conviene stare a limite basso. Il non potersi costituire di primo tratto un capitale superiore ad una certa somma, inchiude potersi anche fissare a un limite minore; e si può stabilire una società anonima di carattere cooperativo ugualmente bene a 50,000, a 30,000, a 10,000 franchi. Il pubblico commerciante sa cosa può dare, e cosa non può dare, per questa somma (4).

c) Società cooperative formate in azioni.

---

(1) Vedi l'Appendice a questo trattato delle società.

(2) Articolo 49 della Legge del 24 luglio 1867. Vedi Appendice.

(3) Se non fosse *anonima*, l'elemento personale basterebbe a sostenerla. Di ciò più avanti.

(4) In Francia è permesso di formare una società anonima col concorso di sole sette *persone* col versamento di *cinque* franchi ognuna, coll'obbligo di contribuire a certo tempo 50 franchi, colla facoltà di ripigliarne 45, e discendere ancora alla cifra di cinque franchi. « Nous ne demandons que

La società cooperativa che, messe ali robuste, vuole alzarsi al volo sino ad una società di commercio, può assumere agevolmente la forma di un'accomandita semplice, non divisa per azioni. L'elemento personale ne sarà il principale fondamento, ove i capitali introdotti in origine non siano di una certa importanza, e sopratutto non richiamabili nel corso della impresa. Ma se l'elemento personale è totalmente escluso e la società si forma in anonima, d'uopo è dividere il capitale in azioni.

La massima non porta difficoltà; ma, discutendo il progetto di legge in Francia, caddero le osservazioni sulla quotità dell'azione, posto che nelle società cooperative fosse sempre aperta la porta a novelli soci che non sarebbero altro che poveri proletari. Una differenza ci dev'essere, dicevasi, fra gli acquisitori di azioni che calcolano il fatto loro e comprano perchè ne hanno i mezzi, e i nuovi associati, ricevuti, si direbbe, *humanitatis causa* in un tempo qualunque. In quella stessa assemblea il ministro del commercio fece sentire che la divisione in azioni essendo essenziale nelle anonime, non è meno certo che le azioni nominali devono esser pari. Ma ineguali possono essere i versamenti (1); nelle società a capitale variabile possono eseguirsi a quoti tenuissimi e quindi ineguali (ai termini dello statuto), non facendo ostacolo il *minimum*, ma solo il *maximum* del capitale.

d) Sulla cessibilità delle azioni.

La cessibilità delle azioni, osservava il deputato Olivier, è quanto vi ha di più sostanziale nelle società organate in questa forma. La cessibilità è la libertà; il diritto di uscire dalla società senza scuoterla, senza discioglierla, cedendo la propria azione e tornandosene quietamente a casa.

Secondo altri la cessibilità dell'azione, per quanto utile, non è siffattamente necessaria che non possa dichiararsi negli statuti d'una società anonima, che l'azione non è cessibile (2). Il risultato di questa parte della discussione si fu l'articolo 50 della suddetta Legge (in Appendice), essendosi deliberato che le azioni o *coupons* d'azioni sarebbero nominative anche dopo la loro liberazione; e la loro negoziazione non potrebbe aver luogo che per via di trasporto sui registri della società da autorizzarsi dal consiglio di amministrazione o dall'assemblea generale a norma degli statuti.

e) Della ripresa parziale del contributo.

La ripresa parziale era più contesa della totale. Pareva in certo modo capricciosa, e quindi poco tollerabile. Si stabilì che gli statuti dovrebbero determinare il limite oltre cui il capitale non sarebbe diminuibile per le riprese parziali; e non mai inferiore al decimo del capitale costitutivo (articolo 51 della detta Legge). Intanto era fatta facoltà ai singoli soci di ritirarsi dalla società quando a loro piacesse, salve le convenzioni contrarie e la conservazione del fondo nel limite anzi detto.

---

631. La *Sezione* della quale trattiamo sfugge non senz'avvedimento a tutte queste ricerche. Non è mai stato proposito dei nostri legislatori di riconoscere le società commerciali, uscenti dal seno delle associazioni mutue, come distinte in *genere suo* e separate dalle altre. Evidentemente la nostra Sezione le considera in quel primo momento nel quale l'associazione modesta e tranquilla non si occupa che della sua costituzione e del suo interno svolgimento, e non si è ancora slanciata nel commercio. Pochi articoli hanno bastato per regolarla. Se domani l'associazione si trasformerà in una società in accomandita o anonima, il fatto suo cadrà di pieno diritto nel dominio delle leggi che presiedono all'ordinamento di esse. Il pensiero del legislatore non può essere stato che questo.

Io mi credo nondimeno in faccia ad un alto problema di diritto commerciale, che è in sapere se dal punto in cui un'associazione mutua, deposta la sua veste famigliare, e divenuta capitalista, azzarda operazioni commerciali, più o meno rilevanti, sparisca in faccia ai terzi quell'elemento di cooperazione e di mutualità che la fa essere una specialità nell'ordine delle società di commercio, secondo il moderno sistema francese, o non sia che una società come le altre, e precisamente regolata dalle stesse leggi. Noi abbiamo veduto quanta pieghevolezza e flessibilità di temperamenti abbia fatto mestieri, e quante modificazioni abbiano dovuto portarsi al comune diritto commerciale, onde allogare l'associazione mutua in guisa che *il suo elemento subbiettivo sia considerato e tenuto in conto* nonostante le obbligazioni ch'essa va ad assumere scopertamente e pubblicamente rimpetto ai terzi. Mentre il legislatore si chiude nel più assoluto si-

« 35 francs (diceva Forcade de Requette, ministro « del commercio): *alors la société commence à exister* « *à l'égard des tiers, et peut engager des opérations* « *au dehors* ».

(1) Acquistando una metà, un sesto, un decimo di azione.

(2) Il ministro Rouher perorando l'articolo 21 della Legge 24 luglio 1867.

lenzio, e dove tratta la materia non osserva l'associazione mutua che nei suoi rapporti interni, potremo noi istituire delle riforme radicali ai titoli che riguardano le società di commercio?

È ben facile a scorgere che essendo noi assai poco avanzati in questa carriera delle società cooperative, il bisogno di organizzarle su vasta scala non si è presentato al legislatore con quella insistenza che rivela un progresso irresistibile. Si è avuto fede nella efficienza del diritto comune. Vediamo se e come le particolari occorrenze delle società cooperative siano con esso conciliabili.

La più naturale trasformazione è in società anonima. Proletari e lavoranti che colla pazienza e cogli anni hanno potuto accumulare dei capitali, non hanno progredito nella loro condizione; essi non faranno i commercianti (salvo qualche eccezione), e non si porranno personalmente garanti verso i terzi. Se vogliasi questo effetto, dovrà dunque costituirsi una società anonima. Si avrà cura, io suppongo, di redigere gli statuti in quella conformità che può giovare ai naturali intendimenti, ai bisogni di un'associazione di quel genere, e reputo che nulla si ometta. Quanto adunque potranno gli statuti disporre, e in qual punto troveranno l'opposizione della legge, che nelle anonime segnatamente revoca molti fatti al suo esclusivo dominio?

Teniamo l'ordine delle precedenti osservazioni.

a, *b*) Società *a capitale variabile*, in tutta l'estensione della parola, non le conosciamo se non per aumentarlo (num. 507). Uno dei grandi principii delle società anonime è l'incolumità del capitale per quanto lo permettano le circostanze e le vicende del commercio (n° 511). Le sue diminuzioni inevitabili possono anche spingere la società allo scioglimento (n° 508): non ammettiamo un decremento volontario, e il patto sociale non potrebbe prestabilirlo in modo assoluto; e dico in modo assoluto, non volendosi escludere che qualche convenzione di questa specie non possa stipularsi, ma dovrà dimostrarsi con una certa precisione, sicchè i terzi non si trovino nella impossibilità di calcolarne le conseguenze. Difatti una diminuzione indefinita, ad arbitrio, ha d'uopo d'essere circondata da quelle grandi cautele che la legge francese si viene proponendo mediante la fissazione del *minimum*, con che si è stimato di renderla innocua.

Cominciamo già a vedere, se mi permettete la frase, il trionfo dell'idea obbiettiva sulla subbiettiva; la prevalenza dell'oggetto esteriore all'interiore; e il considerare che si fa l'associazione mutua come pressochè interamente trasformata nella società commerciale. Io non posso prevedere, e niuno può prevedere, quali nuove e più feconde combinazioni potranno presentarsi quando le associazioni popolari e cooperative saranno salite in Italia a quella portentosa attività che è ancora un desiderio; ma per ora io non trovo censurabile la nostra legislazione. La mutua è un'associazione *sui generis*, commerciale in certi aspetti della giurisdizione, ma in sostanza non esercente un commercio esterno, e ristretta in confini che più volte ho chiamati famigliari. Per verità niuno impone a codesti societari di uscire da questa composizione economica che si sono formata, nella quale, è da credersi, avranno un campo sufficiente a procacciarsi quel benessere e quella prosperità che tanto auguriamo alle classi proletarie, ai benemeriti del lavoro. Ma se la fortuna loro permette di essere capitalisti e di stabilire società di commercio, a fine di maggiori quantunque meno positivi guadagni, io non veggo perchè non debbano sottostare alle regole comuni, con quelle modificazioni però che sono compatibili colla legge generale, da riferirsi nei loro statuti, e da farsi conoscere al pubblico.

c) Costituita la società anonima, la partizione del capitale in azioni è inevitabile. La nostra legge non ne fissa il valore. La più completa libertà in questa parte non ha nulla di pericoloso e temibile. Se i fondatori della società sono degli operai e poco abbienti che intendono di profittarne, il tenue montare dell'azione potrà di molto agevolare l'introduzione successiva di nuovi soci; tanto più se sarà permesso di versarne l'importo in rate e a poste ineguali. E sarà permesso ogni volta che la facoltà sia scritta negli statuti e pubblicata. Dipenderà dalla saggezza della redazione il regolare le nuove emissioni e limitarle perchè non riescano all'infinito. Se tutti gli operai concorrenti non fossero tosto ammessi nella serie degli azionisti, non sarà poi gran male; resterà sempre qualche associazione più modesta, ancora ignota al mondo commerciale, che sino ad un certo punto rappresenterà un'economia più comoda, più sicura, direi quasi, più educativa.

d) Quando gli azionisti-fondatori della società sono anche congiunti fra loro con rapporti mutui, e stimisi correlativo a una tale posizione che i titoli delle azioni non siano che nominativi, e la loro cessibilità limitata, perchè tutto questo non potrebbe affidarsi allo statuto? La società anonima si divide in azioni;

Digitized by Google

ma non è necessaria la loro forma al portatore. Abbiamo visto la legge moderare la emissione dei titoli di questa forma (art. 135, 151), per quel pericolo che vi ha di crearli precocemente e di metterli in circolazione a capitale immaturo; niente osta che non se ne creino affatto. E qui pure la convenzione farà molto bene e, più efficacemente, l'uffizio d'una legge.

L'organamento azionario non esclude il contributo dell'industria e dell'opera: e anche in questa parte seguiremo la legge della convenzione. Nulla più semplice che fra uomini che sorgono dalla feconda attività del lavoro, ve ne abbiano distinti nell'arte e di prevalente abilità, i quali saranno ben utili istrumenti alla società; e ne avranno in compenso un certo numero di azioni *di godimento*, forse anche *di capitale*, come altre volte fu per noi dichiarato.

e) Finalmente per quanto spetta alla *ripresa del contributo*, la cessibilità dell'azione compenserà in gran parte la facoltà di ritirarsi in un tempo qualunque dal consorzio; il che, non può dubitarsi, è vantaggioso, e talvolta reso necessario dalle circostanze, nelle società cooperative. Perciò sarebbe frustraneo di determinare il *minimum* del capitale che dovrebbe sottrarsi ad una supposta estromissione continua: cose anche queste che, come dissi, vogliono saviamente regolarsi dallo statuto.

Tutte queste considerazioni ci fanno persuasi, che le leggi comuni del commercio siano capaci di soddisfare anche ai bisogni delle associazioni mutue, pervenute alla seconda potenza di società commerciali. Allora saranno sottoposte all'autorizzazione governativa (articolo 156), e si verrà a correggere ciò che si fosse introdotto d'incompatibile o di esorbitante nella convenzione (1).

Articolo 186.

Cessa di far parte dell'associazione quegli che ha perduto la cosa per cui si è associato, salvo il diritto alla competente indennità.

632. *La scrittura è necessario fondamento dell'associazione mutua; e non può esser supplita con altri mezzi di prova.*
633. *Osservazioni critiche sull'articolo* 186.

---

632. Bisogna risalire un momento all'articolo 183. *L'associazione mutua è regolata dalla convenzione delle parti*. Dev'essere contratta per iscritto *sotto pena di nullità*. La forma è assoluta e non ammette temperamenti suppletivi: legge sostanzialmente diversa da quella recataci per le partecipazioni nell'articolo 182 (2).

633. La convenzione esprime l'oggetto; ed è per esso, come a proprio scopo, che si è formata o si viene formando nel decorso del tempo l'associazione.

Nei termini della nostra legge niuna obbligazione personale assumendosi verso i terzi, non vi ha propriamente che una associazione o cumulo di capitali; e prima condizione d'ingresso la prestazione effettiva di un contributo qualunque sia, e in quel quoto anche minimo che la convenzione prestabilisce e concede.

L'articolo 186 suppone *perduta la cosa per cui uno si è associato*. Ma noi ci associamo per ricavare dal nostro danaro messo insieme tutti quei vantaggi che la nostra povera e precaria condizione ha diritto di sperarne. Le nostre speranze potranno essere frustrate, e allora *perderemo la cosa per cui ci siamo associati* (se la dizione non fosse orrida), ma la perderemo in comune, e l'associazione *cadrà per impossibilità di conseguire lo scopo*, giusta l'articolo 166, n° 1. Non è questo adunque che vuol significare l'articolo 186. La sua ipotesi sarà piuttosto, che il contribuente *perda ciò che ha fornito all'associazione*; e in compenso della disgrazia gli s'intima lo sfratto, e che se ne vada fuori del consorzio, benchè sia avviso che tutto questo avvenga senza colpa sua. E di non essere in colpa per due maniere si dimostra: 1° perchè la parola *perdere* esprime

---

(1) Non è soggetta alla permissione governativa l'associazione mutua, finchè non si espone al commercio; è chiaro che vi dev'essere sottoposta vestendo il carattere di una società commerciale per azioni.

(2) Quindi non ha luogo prova testimoniale neppure esistendo principio di prova scritta. I nuovi associati o vengono firmando l'atto sociale, o fanno la loro dichiarazione per iscritto.

Digitized by Google

(in casi simili al presente) la privazione della cosa per altrui fatto, e per accidente non imputabile; 2° perchè gli si accordano azioni d'indennità, le quali potranno anch'esser rivolte contro l'amministratore che, per esempio, avesse smarriti i biglietti di banca che gli furono consegnati, o ne avesse abusato.

Ciò posto, confesso che questo articolo mi riesce oscuro. Primieramente se quel galantuomo ha perduta *la cosa per cui si è associato*, cioè quella che ha contribuita, perchè gli venne tolta da tutt'altri, suppongasi, che dall'amministratore della società, o per un caso qualunque ne fu privato, perchè dev'essere rinviato dalla società come un colpevole? (*cessa di far parte*). Ma *se gli compete indennità*, e può competergli contro lo stesso amministratore, perchè sarà espulso? Non dovrà invece essere rintegrato?

Bisogna distrugger l'articolo per fargli dire ciò che dovrebbe. *Cesserà di far parte* chi avendo promesso, mancò; o se avendo dato, per esempio, in contributo un credito, si trovasse il credito insussistente e l'azione inesercibile. Non si è attaccati all'associazione per la persona, ma per qualcosa di reale che vi si è portato e vi si deve mantenere: questo sembra lo spirito; fortunatamente la convenzione fondamentale spiegherà bene le cose, e renderà inutile questo testo sfuggito alla consueta diligenza della redazione.

È possibile un'altra lezione. Forse in luogo di *perdere*, si è voluto dire — se *perisce* la cosa conferita; e se trattasi di un *corpo* (la cui proprietà è rimasta nel conferente), può credersi perito senz'altrui colpa. In questo caso non si dovrebbe permettere di sostituirne un altro e rappresentarne il valore?

Articolo 187.

L'associazione non si scioglie per l'interdizione nè per la morte dell'associato.

Il fallimento dell'associato può far luogo alla sua esclusione.

634. *Delle cause di scioglimento dell'associazione mutua.*

---

634. Lo scioglimento dell'associazione mutua avviene per alcune di quelle cause per cui finisce la società civile (articolo 1729 del Codice civile) e la società commerciale (articolo 166). La preponderanza dell'elemento *reale* ci fa insensibili alla sparizione delle persone e al cangiamento di stato.

Così il nostro articolo mette fuori di applicazione il n° 3° e in parte anche il n° 4° dell'articolo 1729, che svanisce anche nel resto per l'ultimo disposto che riguarda il caso del fallimento. L'associazione è in facoltà di escludere il socio, ma essa rimane ferma; sarebbe assurdo che un convento di 200 individui dovesse annichilarsi per la insolvenza di un solo che potrebbe anche aver soddisfatti i suoi impegni verso l'associazione.

Mi preme dichiarare che, malgrado il silenzio della legge, e forse per questo, non è attendibile neppure il n° 5° dell'articolo suddetto. Quantunque nel suo più semplice costrutto l'associazione non si contempli che nei suoi rapporti interni, il criterio dello scioglimento ha principalmente per base la *commercialità* e non la *famigliarità* che domina la dissoluzione della società civile. Un'associazione cooperativa a tempo *illimitato* si comprende: tanto più si comprende in quanto dev'esser sempre aperta dalla previdenza dello statuto la facoltà di ritirarsi. È impossibile che il volere di un socio, eziandio sorretto da ragionevoli motivi, possa crearsi arbitro della durata dell'associazione.

Rispetto alle cause dello scioglimento indicate dall'articolo 166 del Codice di commercio, conviene escludere di necessità il n° 4°. Gli amministratori, sebbene *associati*, non sono che puri e semplici mandatari; e non havvi alcuna attinenza intima e organica coll'associazione.

Finalmente l'associazione mutua non si scioglie pel suo fallimento (articolo 166, n° 5). È un'aggregazione d'individui, non una persona morale. Come in tutte le altre di questo genere, chi contrae, obbliga colui col quale tratta ed al quale presta fede. Se Tizio, mandatario dell'associazione, conviene in proprio nome, obbliga se stesso, salvo di rivalersi verso i soci e di accreditarsene nei suoi conti. Se nella espressa qualità di mandatario d'individui nominati nel mandato, il terzo sa di non avere azione che contro di essi. Se vi ha in mezzo qualche commerciante, potrà accadere il fallimento di lui in particolare, come prevede l'articolo 187, e fu altrove notato. Tutto questo è individuale.

Digitized by Google

APPENDICE

LEGGE FRANCESE SULLE SOCIETÀ

del 24 luglio 1867

PROMULGATA IL 29 DELLO STESSO MESE

TITRE I[er].

Des sociétés en commandite par actions.

ART. 1. Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'actions de moins de 100 francs, lorsque ce capital n'excède pas 200,000 fr., et de moins de 500 fr. lorsqu'il est supérieur (1).

Elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, du quart ou moins du montant des actions par lui souscrites.

Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié.

A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société, s'il est sous seing privé, et une expédition, s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration.

L'acte sous seing privé, quel que soit le nombre des associés, sera fait en double original, dont l'un sera annexé, comme il est dit au paragraphe qui précède, à la déclaration de souscription du capital et de versement du quart, et l'autre restera déposé au siége social (2).

---

(1) La nostra Commissione, nominata con Decreto Reale del 2 aprile 1865 — *al fine di proporre le modificazioni opportune al Codice di commercio* — nella interessante tornata del 21 maggio 1865, espresse le ragioni per cui stimò conveniente di non inserire nel Codice la misura di prezzo delle azioni, nè quella del capitale sociale. « La Commissione approva che si taccia intorno alle frazioni di azioni, potendo agevolmente supplirsi ad esse con lo stabilire azioni di lieve valore. — Non si crede che si debba nel Codice fissare nè un minimo di tal valore, nè un massimo di capitale sociale. Le condizioni economiche del paese possono, variando, conciliare dei mutamenti sia in meno sia in più; il perchè meglio è farne obbietto di particolari provvedimenti. Già il Decreto del 12 febbraio 1865 fissa un minimo di lire 100 per azioni, un massimo di lire 100,000 di capitale, salvo le eccezioni ivi contemplate ». Secondo questo pensiero della Commissione pare si ritenga in vigore il suddetto Decreto di fronte al Codice. Certo è che essendo le società per azioni sottoposte alla tutela governativa, potranno o no approvarsi le proposte dei rispettivi statuti quanto all'entità delle azioni, o modificarsi, secondo i tempi, la natura della impresa e le circostanze.

(2) La influenza dell'articolo 1325 del Codice Napoleone faceva ragionevole il dubbio se nelle società in accomandita per azioni, stabilite con scrittura privata, concorrendo tanti interessi diversi, non dovessero farsi altrettanti originali. Era stato deciso dai tribunali, bastare due originali. Appresso la creazione legale del Consiglio di sorveglianza, che sorgeva come una specie d'intermediario o di persona nuova fra il gerente e gli accomandanti, tornò a rivedersi la questione dei più originali; questione che fu tolta di mezzo dall'articolo 2° della Legge.

Noi abbiamo adottata una forma più semplice (articolo 155) in relazione al nostro Codice civile,

Digitized by Google

Art. 2. Les actions ou coupons d'actions sont négociables après le versement du quart (1).

Art. 3. Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par déclaration de l'assemblée générale.

Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié restent tenus au payement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale (2).

Art. 4. Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation.

La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire.

Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative.

A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties.

L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude.

Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis (3).

---

(1) Il primo versamento è un fondo di garanzia che la prudenza esige per ogni società, specialmente per le banche di deposito e per le assicurazioni (articolo 155 del Codice di commercio).

(2) Prima di fermare il concetto che fu tradotto nell'articolo 3º, gravi disquisizioni si fecero. Il Consiglio di Stato proponeva che i soscrittori d'azioni dovrebbero dichiararsi tenuti di tutto il montare di esse, sì bene gli statuti potrebbero autorizzare il soscrittore cedente a non rispondere che della metà di quanto dovrebbe il suo cessionario. Questo sistema venne fortemente combattuto dalla Commissione. Tale riduzione di responsabilità si trovò assai pericolosa: si preferiva il dire che l'azione, restando nominativa sino alla totale sua liberazione, fosse il pegno del proprio debito, e non pagata, potesse vendersi alla borsa; il che era un ritorno alla Legge del 15 luglio 1845. Al più, questa situazione di cose dovrebbe, oltrechè stabilirsi sempre nell'atto costitutivo, pubblicarsi e denunciarsi colla maggior precisione. Altri dicevano, le azioni devono restare nominative sino al pagamento intero del capitale (Simon, Hénon, Magnin, Carnot). La Commissione comprese il dualismo fatale che aveva di fronte, e tornò all'attacco. Tremò che, venuta la impresa a critiche condizioni, facendo appello alla seconda metà del capitale, non si vedesse una completa diserzione degli azionisti responsabili, che si affretterebbero di ceder i loro titoli a nomi fittizi e senza consistenza. D'altra parte non si dissimulava, che il commercio non doveva immobilizzarsi per eccessi di scrupoli e paure. Immaginò l'intervento dell'assemblea generale, combinazione della quale molto si felicitava: l'assemblea dopo il pagamento della metà, sarebbe a decidere se le azioni potessero anche convertirsi in negoziabili al portatore, siccome suona l'articolo.

Al num. 521 abbiamo esposto ragioni per ritenere che il segnatario dell'azione, secondo la nostra legge, rimanga sempre responsabile, sebbene ad un certo stato dei versamenti l'azione diventi perfettamente negoziabile.

(3) Il nostro sistema è più semplice. L'assemblea generale approva il valore attribuito dal conferente, o nomina dei periti (art. 136). La convocazione di una seconda assemblea generale, se pure non sia provocata da gravi dissensi dei periti, è una inutilità, un ritardo, una formalità eccessiva. Se l'assemblea generale non può radunarsi una seconda volta per difetto di numero, la società rimane senza effetto, o dovrà l'assemblea essere riconvocata? A parte questa difficoltà, che la legge francese non risolve, un più grave problema si presentò alla discussione. Se i valori delle cose conferite non rispondessero

Digitized by Google

ART. 5. Un conseil de surveillance, composé de trois actionnaires au moins, est établi dans chaque société en commandite par actions.

Ce conseil est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale.

Il est soumis à la réélection aux époques et suivant les conditions déterminées par les statuts.

Toutefois le premier conseil n'est nommé que pour une année (1).

ART. 6. Ce premier conseil doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées.

ART. 7. Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi.

Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés (2).

ART. 8. Lorsque la société est annulée, aux termes de l'article précédent, les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant, pour la société ou pour les tiers, de l'annulation de la société.

La même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 4 ci-dessus.

ART. 9. Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leurs résultats.

Chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun (3).

ART. 10. Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société.

Ils font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler

---

a quelli statuiti nell'atto fondamentale, non doveva dichiararsi sciolta la società per tutti quanti gli azionisti? La loro sottoscrizione, il contratto infine, non doveva ritenersi condizionale? Poteva l'assemblea generale ordinare diversamente, imponendo agli assenti la sua decisione? Rispondevano a quest'ultima proposta in senso negativo FABRE, PICCARD e MARIE. No, replicava la Commissione governativa, della quale faceva parte DUVERGIER. La società è costituita, dicevasi, in forza della sottoscrizione delle azioni. Tutti i soci sono vincolati: l'assemblea, mandataria comune, potrà accettare in nome di tutti, e nell'evidente loro interesse, una riduzione del valore di conferimento: peggio per coloro che, invitati in tempo debito, non intervennero! Il relatore della Commissione del Corpo legislativo aggiungeva, che l'assemblea era un vero tribunale alla cui autorità i soci si erano sottoposti; che dovevano rispettarsene la decisione; che volere la unanimità degli azionisti, forse esistenti a migliaia, era voler l'impossibile.

(1) Il Consiglio di sorveglianza appartiene alla gerarchia amministrativa; non è però amministratore effettivo, come quello di esecuzione, ma tiene ufficio di controllo, come si osservò al num. 471 e altrove. La nostra legge organizza l'amministrazione effettiva (articolo 138): lascia la facoltà d'istituire un Consiglio di sorveglianza al potere statutario.

(2) Il nostro Codice è meno prodigo di nullità. Gli sia lode. Questi colpi slanciati da una legge senza temperamento e misura, sono terribili. La loro stessa applicazione è una sorgente di difficoltà. Solo la nullità per la inosservanza del primo articolo se mettasi al cimento del fatto pratico, si troverebbe ardua: supposto per esempio che la differenza del valore delle azioni non fosse che parziale. Noi lasciamo il di più alla considerazione dei fatti concreti e alle prudenti decisioni dei magistrati. Si è voluta declinare la tutela governativa, ed una, e non la meno triste delle sue conseguenze, era quella di moltiplicare le nullità. È anche vero che si riproduceva in tutta la sua fierezza il disposto dell'articolo 6 della Legge del 17 luglio 1856.

(3) La responsabilità e non responsabilità degli amministratori di una società azionaria, ora semplici mandatari, ora con maggior carico di doveri che quelli di semplici mandatari (Vedi il nostro numero 479, e dal 494 al 498) ha dato da pensare ai legislatori che dovevano esprimere questa dualità. Le parole con cui termina l'articolo 9 sutrascritto sembrano essere state poste per calmare certe apprensioni sorte dagli articoli 7 e 10 della Legge del 1856, creduta da alcuni troppo favorevole ai membri amministranti del Consiglio di sorveglianza. Questi erano soliti a sostenere nei giudizi di avere una posizione diversa da quella degli altri mandatari. Le parole *sciemment* e *en connaissance de cause*, che facevano ombra nella precedente legge, furono levate. Veramente gli azionisti che fossero stati obbligati a farne la prova, sarebbero in una condizione difficile.

Noi abbiamo la bella redazione dell'art. 130, che non lascia adito a veruna dubbiezza.

Digitized by Google

les irregularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés par le gérant.

Aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire (1).

L'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes.

Les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la présente loi, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de cinq ans, à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps.

Art. 11. Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société (2).

Art. 12. Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre par lui ou par un fondé de pouvoirs, au siége social, communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance.

Art. 13. L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de 500 à 10,000 fr.

Sont punis de la même peine

Le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance;

Ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale, sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers;

Ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux.

---

(1) La stessa materia è nei nostri art. 121 e 141, nei quali vedesi contemperato l'interesse dei terzi colle giuste esigenze dei capitalisti della società.

L'antica polemica fu sollevata anche una volta nell'occasione di quelle discussioni preparatorie. Come può dirsi che ci siano degli utili in una impresa commerciale non ancora condotta a termine? *Lauda finem:* all'ultimo esito lo vedremo; lo vedremo *in die judicii*. O dunque non bisogna distribuire gli utili che si manifestano in un momento di prosperità; o si deve imporre di restituirli nel caso di un rovescio. Ha prevalso l'opposto, per due ragioni: 1° Perchè gli utili sono veramente accessioni parziali del capitale; e non pertenendo alla sostanza di esso, gl'immittenti, abbandonandoli, verrebbero a dare oltre la loro quota; 2° Perchè niuna società sarebbe possibile se, in aspettazione di un rovescio, quando le cose vanno prospere, non si dovessero fare che dei cumuli, senza verun attuale vantaggio dei soci. Condizione: *la buona fede* (Cassazione francese, 5 novembre 1861). È ciò che abbiamo esposto trattando dei suddetti due articoli. Bisognava proteggere i terzi contro le frodi dei gerenti, specialmente nel fatto dell'inventario, ossia dei bilanci, base del dividendo. Neppure questa vista sfuggì al nostro articolo 121.

L'articolo 10 della Legge francese (capoverso 5°) vuole prescritta l'azione di ripetizione, nei casi in cui ha luogo, nel termine di cinque anni. La teoria della non ripetizione per effetto della buona fede venne oppugnata da Duvergier, relatore pel Consiglio di Stato. Egli si poneva in un altro principio; che il credito dell'azionista non poteva mai essere che posteriore a quello degli obbligatari. L'azionista non ignora che, malgrado l'apparente vantaggio del bilancio, può in realtà mancare la materia di un dividendo. In tutti i casi la esposizione del gerente, poco fedele o poco esatta, non avrebbe potuto cancellarsi che dalla prescrizione ordinaria. In una tornata successiva, Perras diceva: non siamo noi, creditori, che dobbiamo rivolgerci contro gli amministratori: essi sono i vostri mandatari; sta a voi lo escuterli; ma voi tutti siete i nostri debitori, e voi vi siete appropriate somme destinate alla nostra guarentigia. La discussione proseguì ancora, e fu un grande scalpore. Io non trovo che il seguito avesse molto interesse; e sono persuaso che le nostre osservazioni al num. 442 e 443 siano più che sufficienti ad ogni risposta.

(2) Corrisponde a questa disposizione il nostro articolo 142, secondo me, molto migliore. Sorse il dubbio, se il Consiglio di sorveglianza non fosse per avventura facoltizzato ad agire direttamente avanti i tribunali. Bene però osservava il sig. De Bussierre, che non essendo i membri del Consiglio di sorveglianza altri che mandatari, non avrebbero potuto agire senza procura dei loro mandanti. E fu in questa esitanza che si subordinò il fatto dei gerenti al giudizio dell'assemblea generale.

Digitized by Google

Dans le cas prévus par les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée (1).

Art. 14. La négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'article 2 ci-dessus, est punie d'une amende de 500 à 10,000 francs.

Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur desdites actions (2).

Art. 15. Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie

1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements;

2° Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms des personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque;

3° Les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs.

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant (3).

Art. 16. L'art. 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par les trois articles qui précèdent.

Art. 17. Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel (4).

---

(1) Questo articolo penale aveva dei precedenti nella legislazione francese. Nella Legge del 17 luglio 1856 (articolo 11) era punita la emissione di azioni per quella società che non fosse legalmente costituita; è pure colpito di pena il fatto del gerente che avesse cominciato ad agire prima dell'entrata in funzione del Consiglio di sorveglianza. L'altra Legge, 23 marzo 1863, condannava ad emenda coloro che si presentassero come proprietari di azioni che a loro non ispettassero; frode che quella del 1856 puniva anche più severamente. In presenza di fatti di una gravità tanto diversa, parve giustizia graduare la pena. Alcuni dei commissari (Zauzé e Brame) giunsero sino a proporre i lavori forzati. La esagerazione fece respingere l'emendamento (*Moniteur* del 3 giugno).

Noi abbiamo fatto meglio lasciando questo còmpito alla previdenza del Codice penale.

(2) Io non commento questa legge riassumendo, come faccio, qualche tratto storico della sua preparazione che credo poter conferire alla piena cognizione di questo argomento. Lascio pertanto tutto ciò che mi si presenta appuntabile in codesti articoli; e solo per mostrare quale spirito di rigore dominasse in quell'adunanza, dirò che il testo del progetto primitivo estendeva la penalità ai semplici intermediari, creando per essi una presunzione di delitto: cosa veramente enorme, che fu soppressa nella redazione definitiva.

(3) Si era fatta questione avanti i tribunali se i fatti delittuosi del gerente impegnassero la responsabilità civile dei membri del Consiglio di sorveglianza. Si osservò troppo giustamente, non doversene esagerare la responsabilità di là dai limiti entro i quali è circoscritto l'ufficio loro. Le loro colpe devono per certo avere la riparazione che la giustizia esige, ma come personali, direttamente e per proprio conto; ne perciò voglionsi legare ai delitti del gerente dei quali non sono complici. D'una in altra riforma fu accettata la formola che chiude l'articolo 15.

Ho accennato al num. 311 l'emendamento proposto dal Fabre al progetto della Commissione, che tendeva a colpire di gravissima pena pecuniaria il fatto del gerente che distorna una parte qualunque del capitale sociale nella ricompra delle emissioni, distruggendo più o meno le risorse della società: emendamento sostenuto anche da Giulio Favre, nomi che non si devono confondere. Ma simili fatti del gerente sono sempre delitti? Non sono anzi talvolta consigliati da ragioni di economia e di prudenza? Non vi ha forse il Codice penale per punire le manovre fraudolenti; i raggiri che promuovono a fine disonesto *l'alto e il basso* dei fondi; ed ogni altra iniquità di questo genere?

(4) Perchè la minorità degli azionisti non potrà agire in giudizio contro gli amministratori se giustizia il consente? Non se ne dubitava: l'art. 17 è

Digitized by Google

Art. 18. Les sociétés antérieures à la loi du 17 juillet 1856, et qui ne se seraient pas conformées à l'article 15 de cette loi, seront tenues, dans un délai de six mois, de constituer un conseil de surveillance, conformément aux dispositions qui précèdent.

A défaut de constitution du conseil de surveillance dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société.

Art. 19. Les sociétés en commandite par actions antérieures à la présente loi, dont les statuts permettent la transformation en société anonyme autorisée par le gouvernement, pourront se convertir en société anonyme dans les termes déterminés par le titre II de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées dans les statuts pour la transformation.

Art. 20. Est abrogée la loi du 17 juillet 1856.

TITRE II.

Des sociétés anonymes.

Art. 21. A l'avenir, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement (1).

Elles pourront, quel que soit le nombre des associés, être formées par un acte sous seing privé fait en double original.

Elles seront soumises aux dispositions des articles 29, 30, 32, 33, 34 et 36 du Code de commerce, et aux dispositions contenues dans le présent titre (2).

Art. 22. Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés.

Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société, et dont ils sont responsables envers elle (3).

---

una legge di favore. Si stabilì una eccezione alla regola che niuno può litigare mediante procuratore, e si volle accordata questa comodità qualora la minorità agente avesse un certo grado d'importanza in proporzione d'interesse.

(1) I tempi erano maturi per liberarsi dalla tutela del governo che aveva già portati i suoi grandi vantaggi, e non aveva più ragione di essere. Sorgeva un'èra d'indipendenza per le società commerciali, già preparata dalla nota legge votata nel 1863, sulle *società limitate*. Si stentò, come suolsi; vi fu dell'apprensione; ma dopo il 1864 specialmente, le società libere presero lo slancio, e non hanno fatto desiderare la protezione del governo. L'esempio dell'Inghilterra, forte dell'esperienza di circa dieci anni, produceva i soliti effetti in Francia che, senza volerlo confessare, subisce la influenza della nazione rivale. Queste e molte altre osservazioni mettevano avanti i relatori dei diversi corpi politici. Non si presentò veruna seria opposizione (V. il numero 528).

(2) Qualcosa che ha relazione al non lieve dibattimento occorso *sulla cessibilità delle azioni*, si è detto trattando *delle associazioni mutue;* e poco si avrà ad aggiungere. Il richiamo dell'articolo 34 del Codice porgeva motivo a disputarne, poichè quell'articolo dichiara semplicemente che il capitale delle società anonime è diviso per azioni. Non sarebbe un ostacolo nelle società cooperative? Ma si riteneva che gli statuti potrebbero anche disporre diversamente.

(3) L'articolo 34 del Codice di commercio (francese) permetteva di scegliere gli amministratori dell'anonima anche fra persone non socie. La facoltà venne tolta dalla Legge del 1863, che prescrisse nell'amministratore la qualità di socio. La Commissione riprodusse nel suo progetto l'idea del Codice. Perchè privare la società del diritto di eleggere fuori del proprio seno qualche distinta capacità economica e commerciale per affidargli la propria direzione? Un estraneo avrà meno premura di un socio, sarà meno diligente! Nel mio particolare ho già risposto altra volta all'obbiezione, debole abbastanza. La Commissione disse con ragione, che la costante revocabilità dell'amministratore vale una garanzia. Aggiungi, la sua responsabilità personale estesa ai suoi sostituti, se lo statuto non ne autorizzasse la delegazione, e di più la nomina del delegato fosse fatta dallo stesso consiglio (Vedi il nostro num. 495).

Il ministro guardasigilli ebbe l'occasione di chiarire la diversa posizione di un amministratore, di un Consiglio di sorveglianza, e di un direttore il quale non è che un agente dell'amministrazione; così il cassiere è un agente dell'amministrazione, non un membro del Consiglio. Il direttore ha la firma per eseguire le deliberazioni del Consiglio, per tramandarne gli ordini agli agenti subalterni; e tanto il fatto suo che quello di ogni altro amministrante è guardato dalla responsabilità dello stesso Consiglio. Infine fu messo in tutta chiarezza, che non vi era alcun pericolo nell'autorizzare l'articolo secondo il progetto.

Digitized by Google

Art. 23. La société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept (1).

Art. 24. Les dispositions des articles 1, 2, 3 et 4 de la présente loi sont applicables aux sociétés anonymes.

La déclaration imposée au gérant par l'article 1 est faite par les fondateurs de la société anonyme; elle est soumise, avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale, qui en vérifie la sincérité.

Art. 25. Une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée, à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital, qui consiste en numéraire.

Cette assemblée nomme les premiers administrateurs; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'article 32 ci-après.

Ces administrateurs ne peuvent être nommés pour plus de six ans; ils sont rééligibles, sauf stipulation contraire.

Toutefois ils peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale. En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de trois ans (2).

Le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion.

La société est constituée à partir de cette acceptation.

Art. 26. Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts.

Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs.

Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale (3).

Art. 27. Il est tenue, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts.

Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur.

---

(1) Vi ha dell'arbitrario nel nº 7; ma non avendo luogo l'intervento governativo, era d'uopo fissare qualche dato elementare. Fra l'arbitrio del fatto teorico e del fatto pratico, preferisco il secondo, che giudica in concreto e colla cognizione di tutte le circostanze. Perchè non cinque, perchè non tre persone che per avventura portassero un grossissimo capitale da distribuirsi in azioni? Non ultima delle ragioni per cui, nello stato attuale almeno del nostro commercio, si trovi utile l'intervento autorevole.

(2) È stata criticata l'autorità troppo assoluta dell'assemblea generale, specialmente nel rispetto dei fondatori che difficilmente acconsentono di esser lasciati in disparte dall'amministrazione. Il primo capoverso dell'articolo 25 sembra temperare il potere assoluto dell'assemblea coll'avvicinarvi la disposizione dello statuto. Noi abbiamo una regola migliore e più chiara nell'articolo 138.

(3) La Legge del 1863 (articolo 7) esigeva che gli amministratori fossero possessori di tante azioni quanto corrisponde al ventesimo del capitale sociale che non poteva eccedere un milione, mentre il maximum delle *società limitate* non poteva eccedere i venti milioni. Ma se la società è illimitata, a quanto può ascendere la garanzia degli amministratori! Ci è stato riferito che l'impresa della ferrovia da Parigi e Marsiglia richiede, a garanzia della gestione, un fondo di venti milioni di franchi! Il progetto del governo, riflettendo quanta vi sia difficoltà in tutto questo, volle ridurre il massimo della garanzia al valsente di 1,500,000 fr. La Commissione bene avvertì che ciò che poteva sembrare in certi casi eccessivo, poteva presentarsi insufficiente in certi altri, quando per esempio il maneggio dell'azienda salisse a qualche cento milioni. Allora l'articolo fu concordato come suona.

Ma se per lo statuto fosse omesso di stabilire l'ammontare delle azioni, ossia della garanzia, quale ne sarebbe la conseguenza? Corraudet, commissario del governo, rispondeva: questa sola, che gli amministratori sono nel loro personale responsabili. E se così è, noi troviamo che il nostro articolo 139 è abbastanza buono. *Gli amministratori sono personalmente responsabili*, ivi si dice: ciò non esclude che lo statuto non possa imporre delle garanzie, e saranno condizione *sine qua* non della nomina legale dell'amministratore.

Digitized by Google

Néanmoins, dans les assemblées générales appelées à vérifier les apports, à nommer les premiers administrateurs et à vérifier la sincérité de la déclaration des fondateurs de la société, prescrite par le deuxième paragraphe de l'article 24, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix.

ART. 28. Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. Il est tenu une feuille de présence; elle contient les noms et domicile des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siége social et doit être communiquée à tout requérant.

ART. 29. Les assemblées générales qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social.

Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est convoquée dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts, et elle délibère valablement quelle que soit la portion du capital représenté par les actionnaires présents.

ART. 30. Les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux termes du § 2 de l'article 24, doivent être composées d'un certain nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

Le capital social, dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à vérification.

Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social.

ART. 31. Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées, et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social (1).

ART. 32. L'assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires, associés ou

(1) L'assemblea, che può chiamarsi in certa guisa costituente, quell'assemblea prima che pone le basi più interessanti della società, deve provvedere per l'elemento personale abile a sostenere la rappresentanza, ragguagliandole al possesso di una certa quantità d'azioni. Noi in più luoghi del commento ci siamo estesi per dimostrare quando occorre, secondo il nostro avviso, la maggior espansione dell'elemento personale.

Intorno a questo grave tema, la Relazione conteneva sapienti considerazioni, che stimo utile richiamare: « La composition des assemblées générales, « c'est-à-dire la quotité du capital social qu'elles « doivent représenter, peut et doit varier selon le « but qu'elles se proposent; le quart au moins du « capital social est suffisant pour les assemblées « ordinaires; et si la première convocation ne « réunit pas ce chiffre, on conçoit qu'une seconde « assemblée régulièrement convoquée en vue d'un « résultat connu et prévu à l'avance, puisse dé« libérer valablement, quelle que soit la portion « du capital représentée par le capital présent. « C'est ce que décide l'art. 30 ». (Noi pure lo riteniamo sotto la legge dello statuto, e dove lo statuto diversamente non disponga). « Mais quand les « actionnaires sont appelés a délibérer sur les ap« ports qui ne consistent pas en numéraire, sur « la nomination des premiers administrateurs, sur « des modifications aux statuts, sur des proposi« tions de la continuation de la société au delà du « terme fixé par sa durée, la gravité des résolu« tions à prendre ne permet de s'en tenir à ces « procédés sommaires. Il ne s'agit d'ailleurs des « actes ordinaires de la vie sociale, prévus par la « convention; il s'agit de modifier et de créer, et « si l'on appliquait rigoureusement les principes, « il faudrait exiger le consentiment unanime des « actionnaires. Mais cette rigueur conduirait à une « impossibilité, et elle doit fléchir sous la né« cessité ».

by Google

non, chargés de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs.

La délibération contenant approbation du bilan et des comptes est nulle si elle n'a été précédée du rapport des commissaires.

A défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale, ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du Tribunal de commerce du siége de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés.

Art. 33. Pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale, les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social, de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société.

Ils peuvent toujours, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale.

Art. 34. Toute société anonyme doit dresser, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive.

Cet état est mis à la disposition des commissaires.

Il est en outre établi chaque année, conformément à l'article 9 du Code de commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières, et de toutes les dettes actives et passives de la société.

L'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes sont mis à la disposition des commissaires le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale. Ils sont présentés à cette assemblée.

Art. 35. Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siége social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires; et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires.

Art. 36. Il est fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélévement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve; ce prélévement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social (1).

Art. 37. En cas de perte de trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société.

La résolution de l'assemblée est, dans tous les cas, rendue publique.

A défaut par les administrateurs de réunir l'assemblée générale, comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux (2).

Art. 38. La dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept (3).

---

(1) Noi vi arrechiamo, dicevano gli eloquenti oratori della Commissione, le lezioni della esperienza. Che volete trovare di più utile, anzi di più prezioso, che questa operazione, saggio di economia e di providenza? L'approvazione però fu molto contraddetta: lo schema venne oppugnato in nome della libertà delle convenzioni; e noi stessi non sappiamo troppo dolerci di questo minor acume di providenza legislativa, persuasi che invece di riposare in questo letto preparato, giovi agl'interessati di farsi essi medesimi i legislatori prudenti delle cose loro.

(2) Il nostro articolo 142 è da preferirsi. Senza aspettare la perdita già enorme dei *tre quarti*, la discesa alla metà del capitale è un allarme che risveglia le più serie apprensioni. Alla perdita dei due terzi, la dissoluzione della società è di diritto. Col credito è impegnata anche la fede pubblica; bisogna arrestarsi. Il mio commento fa a quella disposizione l'onore che le è dovuto.

(3) Cosa vi ha in una società anonima con meno di sette individui? C'è il governo; i governati dove sono? Del resto era consono al principio della sua costituzione il dissolversi ricadendo la società ad un numero inferiore di sette individui. Senonchè in luogo di ordinare lo scioglimento, si è lasciato alle circostanze e ai tribunali il risolvere; e si è fatto bene. In una sfuggevole osservazione io ho trovato che il non tassare la quantità numerica sino da principio, era ancor meglio (nota num. 48). Sono fermo nel ritenere che l'entità e la forza dei capitali in una società anonima me-

Digitized by Google

Art. 39. L'article 17 est applicable aux sociétés anonymes.

Art. 40. Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils ne soient autorisés par l'assemblée générale.

Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent (1).

Art. 41. Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, 23, 24 et 25 ci-dessus.

Art. 42. Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.

La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24.

Art. 43. L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat (2).

Art. 44. Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

Art. 45. Les dispositions des articles 13, 14, 15 et 16 de la présente loi sont applicables en matière de sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi.

Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront opéré des dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n° 3 de l'article 15 contre les gérants des sociétés en commandite.

Sont également applicables en matière des sociétés anonymes les dispositions des trois derniers paragraphes de l'article 10.

Art. 46. Les sociétés anonymes actuellement existantes continueront à être soumises, pendant toute leur durée, aux dispositions qui les régissent.

Elles pourront se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en obtenant l'autorisation du gouvernement et en observant les formes prescrites pour la modification de leurs statuts.

Art. 47. Les sociétés à responsabilité limitée pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts.

---

rili considerazione di preferenza al numero delle persone. Quando i capitali sono robusti, potrete dirazzare delle azioni e moltiplicarle, e non temere mai di ridurvi alla compagnia di qualche caporale e di qualche tamburo. Nuove emissioni potranno fornirvi delle risorse e rimettervi in azione. Anche in questa parte la nostra legislazione più sciolta è pure migliore.

(1) Abbiamo veduto la disposizione del nostro articolo 116 rispetto a soci esercenti commercio identico a quello della società. Il nostro commento non ha manifestato molto favore per essa. L'art. 44 della nuova Legge francese fa di più: percuote l'amministratore. E tale tuttavia che mitiga i rigori della Legge del 1856, senza persuadere coloro che stimano piuttosto dannose che utili simili restrizioni, non trovandosi molte capacità amministrative e uomini di grandi affari che finiscano coll'occuparsi di un solo negozio.

(2) Ecco un gruppo di nullità. Ma tanto esse che le responsabilità, di cui sono feconde, erano una riproduzione della Legge del 23 maggio 1856. Quelle reminiscenze non potevano dissiparsi a un tratto. *Les fondateurs auxquels*, *la nullité* EST *imputable* — voleva dir *fosse*: e con ciò nulla sarebbe aggiunto alla legge generale che impone ad ogni uomo di riparare al danno di cui è stato causa. I *fondatori* e gli *amministratori* sono bene in una diversa linea per poterli confondere nella stessa responsabilità.

Digitized by Google

Sont abrogés les articles 31, 37 et 40 du Code commercial, et la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée.

TITRE III.

Dispositions particulières aux Sociétés à capital variable (1).

ART. 48. Il peut être stipulé, dans les statuts de toute société, que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

Les sociétés dont les statuts contiendront la stipulation ci-dessus seront soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, aux dispositions des articles suivants.

ART. 49. Le capital social ne pourra être porté par les statuts constitutifs de la société au dessus de la somme de 200,000 fr.

Il pourra être augmenté par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année; chacune des augmentations ne pourra être supérieure à 200,000 fr.

ART. 50. Les actions ou coupons d'actions seront nominatifs, même après leur entière libération; ils ne peuvent être inférieurs à 50 fr.

Ils ne seront négociables qu'après la constitution définitive de la société.

La négociation ne pourra avoir lieu que par voie de transfert sur les registres de la société, et les statuts pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert.

ART. 51. Les statuts détermineront une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par les reprises des apports autorisés par l'article 48.

Cette somme ne pourra être inférieure au dixième du capital social.

La société ne sera définitivement constituée qu'après le versement du dixième.

ART. 52. Chaque associé pourra se retirer de la société lorsqu'il le jugera convenable, à moins de conventions contraires et sauf l'application du § 1er de l'article précédent.

Il pourra être stipulé que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société.

L'associé qui cessera de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, restera tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existantes au moment de sa retraite.

ART. 53. La société, quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs.

ART. 54. La société ne sera point dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés; elle continuera de plein droit entre les autres associés.

TITRE IV.

Dispositions relatives à la publication des actes de la société.

ART. 55. Dans le mois de la constitution de toute société commerciale, un double de l'acte constitutif, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié, est déposé aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société.

A l'acte constitutif des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes sont

(1) Omettesi qualunque nota rapporto a questi titoli, attesa la relazione che vi si ebbe al num. 507.

Digitized by Google

annexées : 1° une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart ;

2° Une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans les cas prévus par les articles 4 et 24 bis.

En outre, lorsque la société est anonyme, on doit annexer à l'acte constitutif la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs, contenant les noms, prénoms, qualités, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux.

Art. 56. Dans le même délai d'un mois un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées est publié dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales.

Il sera justifié de l'insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.

Art. 57. L'extrait doit contenir les noms des associés autres que les actionnaires ou commanditaires ; la raison de commerce ou la dénomination adoptée par la société et l'indication du siége social ; la désignation des associés autorisés a gérer, administrer et signer pour la société ; le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires ; l'époque où la société commence, celle où elle doit finir, et la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce.

Art. 58. L'extrait doit énoncer que la société est en nom collectif ou en commandite simple, ou en commandite par actions, ou anonyme, ou à capital variable.

Si la société est anonyme, l'extrait doit énoncer le montant du capital social en numéraire et en autres objets, la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer les fonds de réserve.

Enfin, si la société est à capital variable, l'extrait doit contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit.

Art. 59. Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt prescrit par l'article 55 et la publication prescrite par l'article 56 ont lieu dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce.

Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement.

Art. 60. L'extrait des actes et pièces déposées est signé, pour les actes publics, par le notaire, et pour les actes sous seing privé, par les associés, en nom collectif, par les gérants des sociétés en commandite, ou par les administrateurs des sociétés anonymes.

Art. 61. Sont soumis aux formalités et aux pénalités prescrites par les articles 55 et 56 :

Tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés et tout changement à la raison sociale.

Sont également soumises aux dispositions des articles 55 et 56 les délibérations prises dans les cas prévus par les articles 19, 37, 46, 47 et 49 ci-dessus.

Art. 62. Ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'article 48, ou les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'article 52.

Art. 63. Lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce, ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute.

Toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré au siége de la société une copie certifiée des statuts, moyennant payement d'une somme qui ne pourra excéder 1 fr.

Digitized by Google

Enfin, les pièces déposées doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société.

ART. 64. Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots, écrits lisiblement en toutes lettres: *Société anonyme*, ou *Société en commandite par actions*, et de l'énonciation du montant du capital social. Si la société a usé de la faculté accordée par l'article 48, cette circonstance doit être mentionnée par l'addition de ces mots: *à capital variable.*

Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 50 à 1000 fr.

ART. 65. Sont abrogées les dispositions des articles 42, 43, 44, 45, 46 du Code de commerce.

TITRE V.

Des tontines et des Sociétés d'assurances.

ART. 66. Les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement.

Les autres sociétés d'assurances pourront se former sans autorisation. Un règlement d'administration publique déterminera les conditions sous lesquelles elles pourront être constituées.

ART. 67. Les sociétés d'assurances désignées dans le § 2 de l'article précédent, qui existent actuellement, pourront se placer sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique, sans l'autorisation du gouvernement, en observant les formes et les conditions prescrites pour la modification de leurs statuts.

TITOLO VIII.

DEL PEGNO

Articolo 188.

Il contratto di pegno, se il valore di questo eccede le lire cinquecento, dev'essere fatto per iscritto, sia quando il pegno è dato dal commerciante, sia quando è dato dal non commerciante per un atto di commercio.

La data della scrittura può essere stabilita con ogni mezzo di prova ammesso dalle leggi commerciali.

Se per ragion di valore è richiesto l'atto scritto e questo manca, il pegno non ha efficacia riguardo a' terzi.

635. *Introduzione. Prospetto del Titolo. Cenno generale dei motivi.*
636. *Come la guarentigia del diritto dei terzi è nettamente posta. Le questioni agitate su questo punto hanno semplicemente un interesse storico, eppur riflessibile.*

Digitized by Google

637. *Le precedenti legislazioni commerciali, imperfette com'erano, generarono dottrine senza vigore di principii e contraddittorie; e colla esposizione loro si dimostra.*

638. *La redazione del nuovo Codice è lodevole per aver elevata la teoria, senza prendere a prestanza dal Codice civile, e abbracciando tutti i fatti analoghi.*

639. *Le forme ordinate al pegno commerciale sono applicabili ai negozi che non solo avvengono fra presenti, ma eziandio fra assenti.*

Si prova che gli ostacoli che a tal conclusione si sollevavano dalle altre legislazioni, ora sono compiutamente tolti.

640. *Forma dello scritto — Dimostrazione della data — Del pegno tacito.*

640 bis. *Se il valore di lire 500 che impone l'obbligo della scrittura nel pegno si riferisca alla cosa data in pegno, o alla somma del credito.*

---

635. Il contratto di pegno avrebbe assai poca importanza, disse uno scrittore che dell'usato splendore ha circondata anche questa materia, se non servisse che agli usi civili. La sua reale utilità, la sua pratica esercitazione, è il commercio. E il nostro legislatore commerciale ha fatto bene a pensarci. Dirò in breve perchè si è scritto questo titolo. Che il Codice di commercio abbia modificato il civile, sarebbe espressione impropria e non vera. Nacquero ad un portato; egregi gemelli della risorta legislazione italiana. Amendue furono promulgati nel 25 giugno 1865; amendue attivati nel 1° gennaio 1866. Non isfuggo questa tanto comune osservazione cronologica, per non sentirmi ripetere all'uso francese, che « le Code « civil est la loi dominante, la loi-mère, la « base sur laquelle les intérêts commerciaux « se développent » (TROPLONG, *Du nantissement*, Préface, pag. XII). La legge civile è il gran fondo, l'ampio tesoro delle relazioni giuridico-naturali nei più frequenti e più comuni affari della vita; ma ai propri scopi, e nella propria sfera d'azione, la legislazione commerciale è indipendente. Lo dissi altrove, e domando venia della ripetizione. Fu utile dettare questo titolo per mostrare la forma osservabile nel costituire il contratto di pegno (articolo 188) e imporre una vera limitazione alla regola scritta nell'articolo 92 (1). In commercio certe operazioni contrattuali non sono che garanzie, benchè si effettui il trasporto della proprietà; e ciò anche con forme particolari (articolo 189). Gli effetti del pegno hanno una portata diversa dalla civile (articolo 190). Un rito particolare a procedere è stato istituito (articoli 192, 193), vera specialità nel sistema giudiziario. Sono motivi che giustificano e fanno pregiare l'ampliazione, non superflua, non esagerata, alla quale il legislatore ha posto mano.

636. La prova scritta avrà sempre sulla verbale una priorità logica necessaria: 1° perchè permanente; 2° perchè immutabile. Il pegno è un contratto che opera di due maniere: fra gli stessi contraenti; di fronte ai terzi. In questo secondo rapporto spiega un'efficacia che completa e perfeziona il primo. È buona cosa che voi abbiate in mano la sicurezza del vostro credito, ma se un terzo può strapparvela di mano, la vostra condizione non è invidiabile. Il pegno vi dà il mezzo ad essere soddisfatto; fin qui è cautela. Ma non siete voi il solo creditore al mondo; viene un altro, o più altri, e vi fanno contrasto. Allora avete bisogno di far uscire dal pegno il *privilegio*. E a difesa del privilegio che vi è necessario provare la verità coi mezzi più positivi.

L'articolo 188 osserva e pone nettamente questo stato di cose. In presenza della nuova legge non hanno che un interesse storico le controversie agitate sulla intelligenza e sul modo di applicare una legislazione che per noi non è più. Non esservi però che dell'interesse storico, non significa che non ce ne sia alcuno; a noi giova sapere come il presente si radichi ed abbia la sua ragione nel passato; o in quello stesso trovi i motivi dei suoi mutamenti. Per questo, e non per merito di vana erudizione, sentiamo di dover portare uno sguardo alle dottrine che ci precedono.

637. Il pegno commerciale e il civile vivevano, nominalmente almeno, sotto la stessa legge. È naturale che io non risalga col pensiero a tempi molto antichi. Vi è stata una parte del sistema probatorio che non si è perfezionata che nei tempi moderni; è quella di stabilire la verità dei fatti contrattuali nel rap-

---

(1) Vedi numero seguente.

Digitized by Google

porto dei terzi; cioè di coloro che vi furono estranei. L'Ordinanza del 1673 il rimedio lo aveva inteso (1). È stato destino di quel cospicuo monumento di legislazione venir trascurato e in molte parti abbandonato; e, si può dire, giaceva, quando apparve sull'orizzonte il Codice Napoleone. Le forme del Pegno furono poste; ma l'articolo 2084 si affrettava a dichiarare che quelle disposizioni *non erano applicabili alle materie di commercio.* Quando un buon numero di anni appresso, il Codice di re Alberto tolse da quello di Francia la sistemazione del pegno, ritrasse anche la limitazione; meno che alle suddette parole sostituì le seguenti: « Le precedenti disposizioni non « derogano alle leggi e regolamenti particolari « concernenti alle materie commerciali ed agli « stabilimenti autorizzati a far prestanza sopra « pegni » (articolo 2138). Non derogare, va benissimo: ma suppone che vi siano delle altre leggi che si vogliono rispettare. E noi non avevamo altra legge commerciale alla quale poter ascendere per ritrovarvi un principio qualunque. In Francia dal Codice civile si sfuggiva alla Ordinanza; questo passaggio era loro permesso, ma trovavano l'Ordinanza, come dissi, profondamente ferita da consuetudini ibride e diverse. Venne il Codice di commercio che nulla aveva fatto di proposito per sistemare il pegno commerciale; e soltanto per incidenza ne trattò onde stabilire il privilegio dei commissionari (articoli 93 e 95).

Qual era dunque la posizione rispetto alla forma del pegno commerciale, secondo la legge francese dalla quale notai l'italiana non essere diversa? (2). L'art. 95 imponeva quelle formalità che sono stabilite nell'art. 2074 del Codice civile. Così dopo che l'articolo 1084 aveva rigettato tutto ciò che aveva relazione al commercio, si rientrava nello stesso Codice civile per mezzo di una legge di commercio. Ma questo ritorno al padre comune, a quella fonte di tutti i diritti commerciali che è il Codice civile, secondo TROPLONG, per lo stesso autore era limitato, era circoscritto al richiamo dell'art. 95, e quindi al solo privilegio del commissionario. Tal'è la conclusione ch'egli raggiunge dopo una delle più prolisse esposizioni che siano mai uscite dall'abbondanza della sua penna (3).

Intanto non può non convenire il TROPLONG che la sua opinione non è quella del maggior numero (4). Una decisione famosa della Cassazione, del 5 luglio 1820, diede il più gran vigore alla contraria dottrina. L'illustre autore la combatte a oltranza; altre decisioni gli si oppongono, e queste pure combatte (126 a 140). Io non posso seguirlo nel suo lungo cammino; osservo soltanto che neppure in ciò era diversa la legislazione piemontese. Mediante l'art. 105 del Codice di commercio si rientrava a tutto corso nel Codice civile. *Tutte le disposizioni* ivi ordinate alle materie civili erano caricate sul fatto dei commissionari (5): poi tutto finiva lì; niun'altra legge regolava il pegno commerciale, che non fosse di una natura affatto simile a quello che costituiva il privilegio dei commissionari (6).

Quel richiamo del Codice civile era parziale? Non aveva altro scopo che di regolare il fatto dei commissionari; ovveramente era una legge generale per il pegno commerciale di qualunque forma? La scrittura era adunque necessaria in quel caso soltanto, come sostiene TROPLONG; o per tutti i casi?

Più. Il titolo del Codice civile, la cui applicazione era ordinata, conteneva ben altre formalità; fra le quali l'obbligo di specificare minutamente gli effetti dati in pegno, il loro valore, ecc. Questa formalità era pure necessaria?

Il PARDESSUS che già riteneva senza alcun dubbio la prova scritturale per tutti i casi, sotto la impressione della frode da cui era crudelmente afflitto, richiedeva assolutamente anche la più minuta descrizione. « Il faut qu'un « acte authentique, ou sous signature privée, « ayant date certaine, contienne la déclara-

(1) Article 8: « Aucun prêt ne sera fait sous gage « qu'il n'y en ait un acte par devant notaires dont « sera retenu minute qui contiendra la somme « prêtée et les gages qui auront été délivrés; à « peine de restitution des gages, à laquelle le prê- « teur sera contraint par corps, sans qu'il puisse « prétendre privilége sur les gages, sauf à exercer « ses autres actions ». L'articolo 9 richiedeva la più minuta descrizione.

(2) Ciò che dico della piemontese, dirò della napoletana, della romana e di ogni altra legislazione commerciale in Italia, che prendeva dalla Francia il Codice bello e fatto, con insignificanti modificazioni, o nessuna.

(3) *Du nantissement*, num. 108 a 123.

(4) In contrario: DURANTON, tom. XVIII, num. 523; PARDESSUS, num. 203; ZACHARIÆ, tom. III, p. 169, nota 3; DALLOZ, *Nantissement*, pag. 598; ESNAULT, *Des faillites*, tom. II, num. 520.

(5) Mentre l'articolo 2138 dichiarava che le disposizioni di quel titolo non derogavano alle leggi commerciali, queste con circolo vizioso rimandavano alle civili.

(6) Dovrò ancor ripigliare questi nessi storici e di carattere comparativo, discorrendo all'art. 189.

d by Google

« tion de la somme due, l'éspece et la nature « des objets remis en gage, ou un état annexé « de leurs qualités, poids, mesures, nombre ou « quantité ». Ma se il pegno risultasse provato da documenti non sospetti? Pardessus vi risponde: « Il importerait peu que la preuve « de nantissement résultât des régistres, de « la correspondance, ou de tous autres rein« segnements non suspects » (nº 1203). Troplong che abbraccia questa opinione, adduce molte decisioni dal piglio imponente e severo che, in materia commerciale, annullavano convenzioni pignoratizie di fronte ai terzi, ora perchè un fabbricatore d'olio aveva consegnato tal genere sopra prestito, dicendo *huile de graine*, senza indicare di quale specie (1); ora perchè trattandosi di vino, non si espresse se naturale o lavorato, l'anno della raccolta, se le bottiglie piene o non piene (2). Una sentenza della Cassazione francese dichiarò nullo il pegno di una biblioteca, non essendo stato descritto volume per volume (3). Appena la Corte di Bordeaux (8 giugno 1832) moderò il rigore nel caso di effetti non descritti nella carta del pegno, ma risultanti da precedente solenne inventario.

Sotto l'influenza generale ed unica della legge civile non è a far maraviglia se lo stesso rigore passasse nelle applicazioni commerciali ove la frode è vie più temuta. Alla qual cosa avvertendo il Dalloz (nº 114), pareva voler aggiungere anche l'asprezza della interpretazione. Ma potrebbe chiedersi all'illustre Troplong come avendo egli di tal maniera ristretto il ricorso della legge civile ai soli e materiali termini del richiamo che si legge nell'art. 93 di quel Codice di commercio; ed avendo decisamente rimosso qualunque utile appello all'art. 2074 (4), ne abbia poi accettato il predominio assoluto in fatto di rigorosa descrizione degli oggetti pignorati.

Le seguenti sono sue parole: « Comme la « crainte de la fraude est la base de ces dispo« sitions, le législateur a voulu prendre toutes « les mesures nécessaires pour en procurer « l'accomplissement. Il s'est montré exigent « et la jurisprudence n'a pas épargné les « créanciers gagistes qui venaient réclamer « un privilège *sans être en règle avec les pres« criptions minutieuses de la loi. Faut-il insi« ster, en effet, sur l'importance de la dési« gnation des choses données en gage?* » (*Nantissement* (nº 186). Più avanti: « Et parceque « ce danger *n'est pas moins à craindre dans « les matières commerciales que dans les ma« tières civiles, il s'ensuit que toutes les fois « que les parties habitent la même ville*, on « doit tenir la main entre négociants à l'ob« servation de la formalité de la descri« ption » (5). Ancora (nº 189): « Si les deux né« gociants sont en présence sur la place où se « trouve la marchandise, le droit commun re« paraît avec toutes ses raisons de prévoyance « et ses mesures de protection. *Il faut que « le commerce s'y soumette*, malgré quelques « gênes et quelques longueurs. *Ce n'est pas « perdre de temps que d'aviser à la sûreté des « tiers; quand la fraude est écartée des af« faires, il n'y a rien à regretter* ».

È difficile comprendere a quale principio renda omaggio l'autore colle sempre eloquenti sue parole.

La giurisprudenza francese più recente non era meno vaga ed incerta prima della legge del 23 maggio 1863. In una decisione della Cassazione, del 19 giugno 1860, si trova stabilito, che azioni industriali non costituiscono titolo valido di pegno mediante la semplice tradizione manuale; e quantunque si trattasse di effetti commerciali, era indispensabile la forma degli articoli 2074 e 2075 del Codice Napoleone (6) (Dalloz, *Recueil*, 1860, p. 111). Nel 24 gennaio 1861 la Corte di Rouen decise ugualmente nella stessa materia di valori in-

(1) Corte di Douai, 10 febbraio 1843 (Devilleneuve, tom. ii, pag. 198).

(2) Corte di Parigi, 20 maggio e 13 giugno 1841 (Dalloz, tom. xli, part. ii, pag. 218).

(3) 4 marzo 1811 (Dalloz, *Répert.*, vº *Nantissement*, num. 94). Vero che ivi trattavasi d'affare civile; ma era già invalso che la stessa regola valesse per le cose di commercio.

(4) Vedi la nota seguente.

(5) Fra parentesi si dice — dans ces conditions qui rendent l'article 2074 du Code civil applicable aux matières de commerce. — Pare con queste parole l'illustre autore aver voluto preservare da manifesta contraddizione i principii da lui esposti nell'indicato num. 157; e se sia riuscito, lascio all'intelligente mio lettore il giudicarne — ivi — « Autrefois il y avait beaucoup de liberté dans le « gage commercial. L'Ordonance de 1673, malgré « ses séverès prescriptions, *n'atteignait pas le pré« teur de bonne foi, et la pratique avait senti que « la promptitude de commerce est entravée par des « pratiques minutieuses.* Où donc a-t-on vu que la « loi moderne ait voulu enlever à gage commer« cial cette liberté nécessaire? Est ce dans le « Code civil? Non! *il proteste contre l'envahisse« ment des formes de l'article 2074 dans le domaine « du droit commercial! Est ce dans le Code de com« merce? Pas d'avantage.....* ».

(6) Non è inopportuno a questo tratto di storia forense uno specchio delle opposte opinioni estere

dustriali (DALLOZ, *Recueil*, 1861, p. 121). Nel 30 nov. 1864 la Corte di cassazione dichiarò non esser valido il pegno di azioni con titoli al portatore se non osservate le formalità del Codice civile per ciò che riguarda i negozi anteriori alla indicata Legge del 1863.

638. Nei due numeri precedenti abbiamo visto come si svolge la dottrina fra le distrette di una cattiva legislazione. Non vi troviamo nè unità, nè accordo; e neppure una certa coerenza in uno stesso autore. Un commento che non azzarda di elevarsi sino alla critica, deve ben riflettere in sè i vizi del suo modello.

Grazie al Codice di commercio italiano, la teoria viene a posarsi nella sua generalità al titolo che esaminiamo. Il privilegio dei commissionari rimane nella sua cerchia speciale, governato in vista dei rapporti che gli sono propri; da quel disposto non escono più dei richiami inopportuni capaci o no di generalizzarsi secondo l'opinione di chi giudica; nè abbiamo più mestieri di cercare nel parziale e nell'incidente i principii regolatori del contratto di pegno commerciale nei multiformi suoi aspetti.

639. La nostra legge è generale e comune al contratto di pegno commerciale. Essa vuole che *sia fatto per iscritto*. Fra presenti o fra assenti non distingue. Il pegno è il contratto d'ogni giorno; si fa dappertutto e per ogni cosa mobile che si aggira pei commerci, la quale si arresti presso l'uno o presso l'altro commerciante per dargli sicurtà delle promesse a lui fatte per conto di un terzo, e per le spese che ha anticipate, e pei crediti che ha formati.

A noi non appartiene esporre la teoria elementare del pegno, ma sentiamo il dovere di dissipare le pericolose distinzioni che, sollevate da leggi mal composte, vennero accreditate dagli scrittori.

Se due negozianti *sono in presenza*, dicevasi (1), sommo rigore è necessario per costituire il pegno; scritture e descrizioni esattissime. Fra assenti è un'altra cosa; come si può pretendere una scrittura in tutte le forme fra persone lontane, che non possono aver colloqui fra loro, e forse non si conoscono?

Donde mai questo concetto che ci duole dover chiamare puerile? Senza dubbio da due motivi, amendue pertinenti all'esegesi, e niuno razionale.

Il primo, sul quale per la sua importanza storica ci siamo a lungo trattenuti, è quello dedotto dall'art. 95 del Codice francese (2). *Inclusio unius, exclusio alterius:* fra assenti il pegno può costituirsi anche verbalmente: era la conseguenza. Il secondo motivo si aggiungeva a dar forza al primo: quasi a determinarlo. Erano troppo severe ed onerose quelle formalità perchè si potesse imporle a tutti i contratti di pegno di merci ed effetti che si commettono tuttodì fra commercianti lontani. Per questi bisogna aver pazienza.

Si poteva rispondere a quei legislatori e a quei giureconsulti, che criterio vi formate voi degli interessi morali del commercio, e qual misura adoperate per tutelarli? Vi è un vero, un deciso pericolo nel confidare simili accordi a dimostrazioni verbali; e allora perchè non estendere il manto della vostra protezione oltre quei contratti che si fanno fra uomini

---

nale dalle Corti e dagli autori su tale punto di questione.

Per l'applicazione diretta e positiva delle formalità civili.

Corte di Cassazione francese, con sentenza del 5 luglio 1820, 17 marzo 1829, 19 marzo 1845, 17 maggio 1847, 6 maggio 1848; Corte di Metz, 25 agosto 1827; Corte di Douai, 10 febbraio e 29 marzo 1843; Corte di Parigi, 15 febbraio e 21 giugno 1842, 5 giugno 1844; Corte di Lione, 12 luglio e 27 agosto 1840; Corte di Montpellier, 4 gennaio 1833, oltre quelle decisioni che siamo venuti menzionando nel testo. — *Autori:* PARDESSUS, t. II, pag. 595; DURANTON, tom. XVIII, nº 525; ZACHARIÆ, ediz. Merger e Vergé; VALETTE, *Question hypot.*, pag. 33, nota; ESNAULT, *De la faillite*, tom. II, pag. 120; BÉDARRIDE, *Nantissement*, nº 100 e seg.

Per generalizzare gli articoli 93 e 95 che riguardano il privilegio dei commissionari.

Corte di Colmar, 7 marzo 1812; Corte di Metz, 5 febbraio 1820; Corte di Rouen, 20 e 26 aprile e 9 giugno 1837; Corte di Nancy, 5 agosto 1847; Corte di Bordeaux, 17 aprile 1845; Corte di Parigi, 8 febbraio 1834, 29 maggio 1856 e 7 marzo 1857, e dalla Cassazione francese, 18 luglio 1848 e 23 gennaio 1860. — *Autori:* DELAMARRE e POITVIN, tom. II, num. 596; TROPLONG, *Nantissement*, nº 120 e seg. — Nota alla decisione sopra indicata del 19 giugno 1860.

(1) Vedi sopra il passaggio di TROPLONG, e ciò egli ripete in più luoghi, e con lui molti altri.

(2) « Tout prêts, avances ou paiements qui pourrait être faites sur des marchandises déposées ou « consignées par un individu *residant dans le lieu* « *de domicile du commissionaire*, ne donnent privilége au commissionaire ou dépositaire *qu'autant* « *qu'il s'est conformé à les dispositions prescrites par* « *le Code civil*, liv. III, t. XVII, pour les prêts sur « gages ou nantissements ». La circostanza della presenza è determinativa anche nell'articolo 103 del Codice di commercio albertino.

Digitized by Google

che *dividono la stessa residenza* (1), e che relativamente sono pochissimi? O il pericolo non è quale si teme, nè considerabile di fronte ai danni che il soverchio allarme della legalità produce al commercio, perchè caricate sì duramente il diritto dei commissionari che sono gli organi più benemeriti della circolazione commerciale?

Questi due ostacoli allo stabilimento di una retta teoria non esistono più.

Veramente il nostro articolo 76 sembra voler farsi bello della distinzione riprovata nei più volte suindicati articoli; ma se ci contentiamo di rifletterci un momento, vedremo che non è così. Gli articoli 73, 74, 75 del Codice di commercio contengono privilegi del *genere legale* (2); nascono dal fatto e dalla legge, e non hanno d'uopo di contrattazione espressa. Il privilegio dev'esser messo all'ombra del contratto quando è possibile, e allora prende il nome di pegno. Questo nuovo concetto parmi averlo chiaramente esposto al nº 270. Quando poi la legge ammonisce che in quello stato di cose il contratto si considera *come di pegno*, e dev'esser fatto secondo le norme relative, non crea veruna specialità, veruna limitazione, veruna eccezione; è una conferma della regola generale.

Vi ha poi nel nostro articolo 188 tanta prudenza di modi e di espressioni da toglier via anche il secondo ostacolo.

Questo articolo non ci rinvia al Codice civile. Non dice in confuso e quasi in massa, andate là e prendete tutto quanto ivi si dispone intorno al contratto di pegno. Non richiama *nè la scrittura formale*, nè le minute e scrupolose distinzioni, nè altra cosa. Gli basta il dire — che *il contratto dev'esser fatto per iscritto* — ossia deve risultare dallo scritto. La forma e qualità dello scritto non è dichiarata: non si doveva dichiarare. Lettere, telegrammi, memorie, corrispondenze, forniranno la prova scritturale. Ecco ciò che si avrà tanto più facilmente quanto più i corrispondenti saranno lontani. Vi sono lettere di vettura, vi sono fatture circolanti che si trasmettono di mano in mano colla maggiore rapidità, e simboleggiano ora la vendita, ora il pegno; e i commercianti stessi trovano del loro interesse l'esser minuti e precisi. Laonde circa al descrivere e individualizzare le merci e gli oggetti dati in pegno, non si legge parola, e tale parsimonia sapiente della legge deve pur lodarsi. La questione della identità, della verità, della realtà appartiene al fatto. Le precauzioni troppo studiate, appunto perchè previste, farebbero accorta la frode che ha dell'ingegno per tutti quanti i legislatori. I giudici vedranno sul terreno del fatto se le cose siano vere nel cumulo di tutte le circostanze; e sarà assai meglio.

610. Il *pegno* adunque può risultare da un atto unilaterale accettato ed eseguito dall'altra parte. Mirandosi in queste disposizioni alla guarentigia dei terzi, la legge si occupa della *data:* in faccia ai terzi è sempre questione di tempo. La data può provarsi *con tutti i mezzi ammessi dalle leggi commerciali:* riassunto della regola scritta nell'articolo 94. Una polizza di vettura, per esempio, colla sua data e col corredo dei requisiti indicati dall'articolo 81; lettere riportate regolarmente nel cartolario della corrispondenza; convenzioni che, anche per ciò che riguarda la precisione del tempo, hanno l'appoggio dei libri; tutto questo risponde al voto della legalità.

Non è impossibile che la prova scritta abbia a sussidiarsi dalla orale. E sarà ammessa, verificandosi *un principio di prova per iscritto.* Non è nel caso attuale richiesta la scrittura *sotto pena di nullità;* laonde dall'articolo 93 siamo rinviati al Codice civile, e nel capo *della prova delle obbligazioni* incontriamo l'art. 1347 di nostra buona conoscenza.

Codeste prescrizioni sono utili, prudenti, non peccano del troppo. Chiedere ai commercianti che nei loro affari più importanti vi facciano testimonianza di quella previdenza che è il loro elemento naturale, non è poi fare il rigorista; non è imporre un incomodo troppo grave. Noi però insistiamo affinchè questa nuova legge sia intesa e mitemente applicata secondo il suo spirito, che è di vera conciliazione fra gl'interessi dei terzi che si trovano d'improvviso tratti in faccia a dei sequestri, a dei precetti, o dei privilegi, e fra gli interessi particolari e contrattuali.

La legge non dispone, lo abbiamo già detto, che del pegno convenzionale. Il pegno tacito e legale rimane *in dispositione juris* (pegno necessario). L'operaio che non essendo pagato del prezzo del lavoro mediante il quale ha ri-

(1) Finchè non si potrà sostituire un miglior vocabolo alla *residence*, che sarebbe pur bene lasciare ai rappresentanti dei corpi costituiti, dei tribunali, dei procuratori del re, dei prefetti, ecc., che per la loro dignità hanno e si dicono avere *una residenza*. Nel caso di quella legge, *residence* equivale a luogo di comune dimora e ritrovo.

(2) Intorno a che, vedi il numero seguente.

staurato il mobile, lo ritiene; il commissionario che ha fatto delle anticipazioni sulle merci che gli furono affidate; il vetturale; il magazziniere che ha credito dei fitti dei locali ove tiene in deposito legnami, ferramenta, granaglie, ecc.; tutti questi o non possono procurarsi il documento scritto, o si fondano nella visibile realtà delle cose alla quale anche gli scettici della legalità devono piegare.

—

640 *bis*. Resta infine a chiarire un punto che in pratica può aver grande importanza, e che in verità non dovrebbe esser dubbio dopo le accurate revisioni delle antiche forme che hanno dovuto precedere la redazione dei Codici novelli.

Il valore di L. 500 che impone l'obbligo della scrittura nel pegno, si riferisce *alla cosa data in pegno* o *alla somma di credito?*

I redattori dei Codici che si sono venuti succedendo in Italia, hanno quasi tutti adoperata una forma per esprimere l'idea che avevano in mente intorno all'obbligo della scrittura nel pegno oltre un certo valore (1). La traduzione autentica del Codice civile francese, che valse il Codice del primo regno italiano, diceva, lo scritto non essere necessario se non quando si tratti di *oggetto eccedente il valore di* 150 *lire* (articolo 2075). La stessa espressione nell'articolo 1944 del Codice per le Due Sicilie, e nel 2127 del Codice sardo, e nell'art. 1880 del Codice italiano. « La riduzione dell'atto in iscritto non è richiesta « se non quando si tratti *di un oggetto eccedente il valore di* 500 *lire* ». Una variazione però si riscontra nell'articolo 188 del Codice di commercio che avete sott'occhio.

Si potrebbe forse dubitare se il testo francese non contenesse una frase alquanto diversa (*en matière excedante la valeur de* 500 fr.) qualora la corrispondenza della dizione italiana non ci fosse assicurata dalla traduzione autentica ed obbligatoria.

Ora, come la intesero i commentatori francesi? « Allorquando il credito, per sicurezza « del quale il pegno è stato fornito ed il valore dell'oggetto dato in pegno *oltrepassino* « *entrambi* 150 fr., il contratto dev'esser provato con atto autentico o con atto privato « debitamente registrato » (ZACHARIÆ, § 433, traduzione LO GATTO, Napoli, 1851). DURANTON osservò, che le espressioni della legge si riferivano *alla somma per la quale vi abbia conflitto d'interessi* tra il creditore con pegno e gli altri creditori. Ed essere la somma evidentemente inferiore allorchè o il *valore della cosa* sottoposta a pegno, o il *credito pel quale il pegno sia stato dato*, non si elevi a questa cifra (XVIII, 514), Cassazione francese 6 luglio 1820. In contrario DELVINCOURT sull'art. 2074, VIII, 425 note, a ZACHARIÆ, AUBRY e RAU.

PAUL PONT, continuatore di MARCADÉ (all'articolo 2074 nº 1098) comincia dall'avvertire che quell'articolo è la ripetizione o l'applicazione pura e semplice dell'articolo 1341, il che è verissimo; solamente egli aggiunge: « Il faut préciser le sens et la portée de ces « dernières expressions »; e ciò mostra che l'animo non era sgombro dal dubbio. E dopo questo, non ha altra soluzione da regalarci che quella del ZACHARIÆ. « Nous disons *l'une* « *et l'autre*, parceque si *l'un des deux seulement*, quel qu'il fût, était au dessous de « 150 francs, le conflit d'intérêt entre le « créancier gagiste et les autres créanciers « n'aurait pas lieu pour une somme supérieure ». E per dimostrare la sua proposizione, ragiona nel seguente modo. Una delle due: o gli oggetti dati in pegno (les objects engagés) valgono 150 franchi o meno, essendo il credito di fr. 300 (per esempio), ovvero, in senso inverso, il credito è al disotto di 150 fr., mentre *les objects engagés* valgono due volte tanto. Nella prima ipotesi, il creditore pignoratizio, benchè abbia credito di 300 fr., non potrà esercitare il suo privilegio che sino alla concorrenza di 150 fr., poichè le cose date in pegno non valgono niente di più. Nella seconda ipotesi, le cose date in pegno, benchè di un valore di fr. 300, non potranno essere colpite dal privilegio che sino alla concorrenza di 150 fr., essendo questo il montare del credito. Così l'interesse della questione si limiterà sempre a una somma non superiore a 150 fr. (2).

Anche questa volta mi permetto di scostarmi dalle dottrine francesi.

In termini di valore, *l'oggetto del contratto* è il *valore che cade nella convenzione*, e non il *valore della cosa data in garanzia*, accessoria al contratto medesimo. L'articolo 1341 del nostro Codice civile è veramente la regola fondamentale della prova; io convengo del tutto che il Codice del commercio poteva sot-

(1) Vuole intendersi rapporto a quelle legislazioni che consideravano la differenza del valore per render necessario lo scritto.

(2) È chiaro che non dobbiamo occuparci della cifra, che ora è assai superiore per ragione dei tempi. La massima però è sempre quella.

Digitized by Google

trarsene e porgere le sue disposizioni indipendenti come fa così spesso in materia di prova: questa volta ho voluto seguire la stessa regola. Ebbene: l'articolo 1341 non ha altra intesa, altro scopo, che di determinare il valore della materia contrattuale. Verità evidentissima solo che si consideri l'art. 1341 esser generale per tutti i casi: « Non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di « una convenzione *sopra un oggetto il cui valore* eccede lire 500, ancorchè si tratti di « depositi volontari » (ivi); quindi anche per quei contratti che non hanno nè colore nè natura di pegno. *Oggetto della convenzione* non può essere che la materia stessa della convenzione; il qual senso risulta e sfolgora in ogni disposizione in cui il Codice civile viene parlando di *oggetto* di un contratto; quali sono gli articoli 1104, 1116, 1117, 1118, 1125, e forse altri. Quando si vuol significare quel valore oggettivo che corrisponde al contrattuale e si richiede in giudizio, è usata la voce *somma*, come nell'articolo 1323 (1) e nel 1325. *Somma* o *valore* si hanno per sinonimi nello stesso articolo 1341, in fine; e nel seguente si trovano gl'interessi aumentare la *somma del capitale*, e insieme formare *l'oggetto*.

Il creditore non pagato cosa farebbe? Verrebbe in giudizio *a domandare una somma* corrispondente al credito; se minore di L. 500, non avrebbe d'uopo di appoggiarsi allo scritto; all'opposto, se maggiore (2). La garanzia che si aggiunge o non si aggiunge al credito; il montare di essa, maggiore o minore, non accresce al valore della domanda nè per gli effetti della prova nè per quelli della competenza.

Il valore insomma, rapporto al quale deve misurarsi la forma scritturale, *è quello dell'obbligazione, non è quello della cosa data in pegno.* Il valore del contratto di pegno (articolo 188) eccede lire 500 quando il credito eccede lire 500. Il legislatore, mettendosi su questo calcolo, non ha avuto altro in pensiero, non ha potuto proporsi a dato fondamentale di valore che la materia del contratto, cioè quanto vale la obbligazione; non poteva occuparsi degli accessori che più o meno potrebbero assicurarne l'effetto; anche perchè tali accessori essendo accidentali non potevano porgersi dati certi e naturali per determinare un principio. Poteva forse il legislatore venir cercando nella mente sua se per avventura ci sarebbe un fideiussore? Ma l'accessione del fideiussore quale influenza avrebbe sul valore della obbligazione principale? Non è forse vero che il debito del fideiussore può essere inferiore, superiore non mai, al debito principale? (articolo 1900 del Codice civile). La fideiussione aumenta la sicurezza del credito, non ne aumenta il valore. È forse altra cosa il pegno?

Che discorso adunque, e, se non fosse ardito, quale mistificazione vengono a farci gli scrittori francesi? Il dilemma non è che un sofisma, una fantasia. Non ci sono due aspetti della questione: ce n'è un solo. A quanto ammonta il credito per cui si è costituito il pegno? Avanza o no la somma legale onde si abbia per necessaria la scrittura? Ecco la sola base del calcolo. Come si fa ad associare, facendone somma, il valore del credito e quello del pegno, mentre non è che un valore identico e solo? *L'interesse dei contendenti*, si dice, e l'oggetto della lite. Diciamo intanto che il primo termine del dilemma è basato sul falso. Se il credito (3) è di lire 600, qualunque sia il valore delle cose date a pegno, anche minore di lire 500, *la scrittura è necessaria;* perchè non si guarda che al valore del credito. La seconda proposizione dell'egregio signor Paul Pont distrugge la prima. Egli stesso ne concede (e come potria non concederlo?) che quand'anche il valore della cosa data in pegno fosse superiore all'importo del credito, nulla sarebbe, poichè stiamo sempre e unicamente all'importo del credito.

A noi basta che un solo di codesti valori superi lire 500, cioè quello del credito. Dell'altro non curiamo. E l'interesse dei terzi, a fronte dei quali si sostiene il privilegio del pegno, non è forse contenuto nello stesso limite? Fate che la cosa data in pegno per un credito di 400 lire sia uno scrigno di diamanti del valsente di lire 5000. Io dirò che quel creditore ha saputo assai bene assicurarsi, ma il privilegio starà sempre ridotto entro il valore del credito: e l'interesse, come la questione, non potrà estendersi che ad una minima por-

(1) « Quegli che ha fatta una domanda per una somma eccedente lire 500, non può essere ammesso alla prova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda ».

(2) Giova osservare che se il valore del contratto supera lire 500, il richiedente deve aver fondamento nello scritto, comunque la sua domanda sia inferiore a quella somma.

(3) Ragguagliando il computo alle nostre cifre, manteniamo lo stesso rapporto giuridico.

sione di quel valsente, cioè a lire 400: tutto il resto sarà devoluto ai creditori non privilegiati, o a quelli aventi un privilegio di minor grado, o sarà restituito al debitore, tolte le spese.

Articolo 189.

Se si tratta di effetti all'ordine, il pegno può essere costituito mediante regolare girata con le parole *valuta in garantia* o con altre equivalenti.

Se si tratta di azioni, di obbligazioni o altri titoli nominativi di società industriali, commerciali o civili, nelle quali il trapasso si fa per mezzo di registrazione nei libri della società, il pegno può essere costituito mediante trapasso nei detti libri *per causa di garantia*.

641. *Tradizione, requisito essenziale nel pegno. Del pegno delle cose incorporali secondo il diritto romano.*
Pegno del credito secondo il Codice civile. Obbligo della notificazione al debitore del debitore.
642. *Questione — se avvenuto il fallimento del debitore, il pegno del credito convenuto in tempo non sospetto sia valido, non essendosi eseguita la notificazione che dopo la cessazione dei pagamenti.*
Opinioni varie. Troplong *nega assolutamente la efficacia del pegno.*
643. *Confutazione di questa dottrina.*
644. *Specialità del pegno relativo a titoli commerciali. La legge ne considera due categorie: gli uni trasmissibili per via di girata, gli altri in altra forma.*
645. *Se il pegno di titoli cambiari possa effettuarsi senza la girata.*
646. *Se e con qual effetto possano darsi in pegno titoli al portatore.*
647. *Titoli sociali e nominativi. Del trapasso nei libri. Della necessità di una duplice operazione, dovendo l'atto del pegno risultare da precedente scrittura.*

641. *Il pegno* appartiene ai contratti *reali*, che si costituiscono mediante la tradizione (1). Che in tal modo si formi il pegno, non è arbitrio di legislatore, ma nella essenza delle cose. *Pignus enim tradi oportet non ut sic obligetur, sed ut restitui oporteat* (2): senza di ciò, il contratto di pegno non sarebbe quello che è (3). Da questo teorema troppo leggermente si dedusse che gli antichi non ammettessero il pegno *delle cose incorporali; ex eo quod*, le cose incorporali (4), sfuggendo ai sensi, sono naturalmente incapaci di tradizione (Leg. 43, § 1, Dig. de acquir. rer. dom.). Ma se il credito, che è un nome, una idea, non si consegna, potevano bensì consegnarsi *chirographa et instrumenta* che lo comprovano, facendo risultare la natura del titolo meramente cautatorio in virtù del quale si ritenevano. Ma ci restano monumenti di quella legislazione che ci assicurano che anche il credito (*nomen*) era materia abile al pegno (5).

(1) *Pignus appellatur* a pugno *quia res quæ pignori dantur, manu traduntur* (Leg. 238, § 2, Dig. de v. s.). È noto che oltre i contratti, detti propriamente *reali* fra i *nominati*, tutti gl'innominati richiedevano la dimostrazione materiale: il dato o il fatto (L. 1, § 2, de rer. permut., tit. Dig. de præscr. verbis; Vinnius, *De institut.*, ad tit. xv, lib. iii).

(2) Donell., *De jur. civ.*, lib. xiv, cap. ii, nº 11.

(3) § ult. Institut. quid mod. re contrah. obl.

(4) La nomenclatura di *cose corporali e incorporali* l'abbiamo per antiquata; più non ricorre nei Codici moderni. Essa pone l'antitesi sull'apparenza; generalissima per comprendere tutte le forme del diritto come creazioni dello spirito umano, non era adatta a rilevarne le differenze intorno alle quali si esercita l'azione pratica e il lavoro dell'applicazione.

(5) A mostrare come fosse in inganno l'illustre Pothier (*Trattato del pegno*, num. 5), dicendo che i *diritti incorporali* non erano soggetti a pegno perchè non *potuerunt tradi*, basti la Leg. 4, Cod. quæ res pign. oblig. « *Nomen quoque debitoris pi-* « *gnorari* et generaliter et specialiter posse, jam- « pridem placuit. Quare si debitor is satis non fe- « cerit cui tu credidisti; *ille cujus nomen tibi pi-* « *gnori datum est* (nisi ei cui debuit solvit, nondum

Digitized by Google

Il Codice civile stabilisce questa forma: « Il « privilegio non ha luogo sopra i crediti se « non quando il pegno risulta da atto pubblico « o da scrittura privata, e ne è fatta notifica- « zione al debitore del credito dato in pegno » (art. 1881). « Il cessionario non ha diritto verso « i terzi se non dopo fatta la intimazione al de- « bitore della seguita cessione, ovvero quando « il de bitore abbia accettata la cessione » (articolo 1539 del sudd. Codice). Non può essere altrimenti in causa del pegno; esso si opera mediante un atto di cessione. Ne segue che se il credito già ceduto a titolo di pegno fosse in seguito trasferito ad altro creditore che notifica il suo acquisto al debitore, egli solo ne ha il diritto (1).

642. Si è trattata con forza la questione, quale sia il valore della notificazione eseguita *dopo il fallimento del debitore che ha ceduto in pegno un'azione di credito.*

L'ipotesi è questa: *A.* debitore ha ceduto a *B.* un credito a titolo di pegno in tempo non sospetto: *B.* ha trascurato di notificare la cessione, ma scosso dalla imminenza del pericolo, la notifica in una di queste tre epoche: o dopo la dichiarazione del fallimento, o nei dieci giorni che la precedono, o nel tempo che succede alla cessazione dei pagamenti. Mediante questo fatto, si è resa perfetta la cessione che supponiamo anteriore; o per contrario il fallimento del debitore, e la legge che proibisce ogni dazione di pegno in quel tempo, tolgono al creditore di approfittare di questa sua posizione particolare, e privano il suo atto di notifica di qualunque effetto utile?

La soluzione, che io reputo difficile, consiste nel valore giuridico che deve attribuirsi all'atto di notificazione, non osservato soltanto nel suo estrinseco e nelle sue conseguenze, ma nella sua ragione intrinseca ed essenziale.

Non concerne che l'estrinseco se la notificazione non ha altro scopo fuor quello di diffidare il debitore del debitore a riconoscere il cessionario; quindi ogni volta che la diffidazione arriva in tempo e prima che il debitore in buona fede abbia pagato il debito o riconosciuto un altro creditore, la notifica ottiene l'effetto. Riguarda l'intrinseco ed essenziale, se ritengasi che la notificazione stessa sia requisito necessario al compimento, al perfezionamento, della cessione a causa di pegno.

Si ricordano due decisioni, una della Corte di Lione del 17 marzo 1842, l'altra della Corte di Bordeaux del 31 agosto 1841, che si pronunciarono per la efficacia del pegno (2). Nella specie decisa dalla Corte di Lione, le cessioni contavano la data di diciotto mesi anteriore al fallimento; ma solo tre giorni prima della sua dichiarazione erano state notificate. La Corte venne in questa sentenza, che dal giorno della data del contratto il cessionario era stato investito del diritto; che la notificazione non doveva considerarsene che quale complemento, e avere ottenuto il suo effetto, non essendo ancora il cedente spogliato del credito, o diritto alcuno non essendo acquistato ai terzi. L'altra specie non era sostanzialmente diversa.

Nel 1845 (13 gennaio) la Corte di Montpellier diede opposto giudizio, stanziando che la notificazione del trasporto è senza valore appresso la cessazione dei pagamenti o nei dieci giorni che precedono il fallimento. L'epoca nella quale fu stipulato il pegno non è osservabile; ciò che importa è il tempo nel quale il pegno è *realmente* costituito mediante la notificazione. Rimosse l'obbietto che altri faceva in ordine all'ipoteca che dal momento della sua costituzione determina il rapporto giuridico e il diritto; per contro, pegno non vi ha nè diritto acquisito, prima della notificazione (3). Ma la sentenza di Montpellier meritò di essere annullata dalla Corte suprema nel 4 gennaio 1847: i principii esposti nelle due mentovate sentenze, n'ebbero la più solenne conferma.

Narra il TROPLONG che questa decisione rovesciò tutte le sue idee sull'argomento; non

« certior a te de obligatione tua factus) utilibus « actionibus satis tibi facere usque ad id quod tibi « deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, « quatenus tamen ipse debet ». DALLOZ seguitò questa dottrina (*Répert.*, v° *Nantissement*, n° 13) senza approfondirla.

E non importava che TROPLONG dicesse: « Le « Code civil, par son article 2075, a sanctioné une « jurisprudence si intelligente » (n° 205), ch'era assai più che *une coutume de Paris.*

(1) Cassazione francese, 13 gennaio 1843 (DEVILLENEUVE, tom. LXV, part. I, pag. 519; TROPLONG, *Nantissement*, num. 266.

(2) TROPLONG, *Nantissement*, num. 275.

(3) È d'uopo avvertire che, sebbene la controversia sembri a prima vista rendersi comune *alla cessione* assoluta del credito, tuttavia, per l'esattezza della soluzione, è d'uopo tenerla nei limiti del pegno, mentre la *cessione del credito a titolo oneroso* può ritenersi valida, quantunque men valida e men regolare si ritenesse la notificazione, laddove il pegno costituito in quello spazio di tempo, è nullo (articolo 555).

però ne rimase convinto; ci fa conoscere col solito acume e colla consueta chiarezza le sue obbiezioni, e aspetta i futuri oracoli della giurisprudenza.

Ecco il suo discorso che dev'essere meditato; io lo traduco. Che è il fallimento? La cessazione dei pagamenti; e la cessazione dei pagamenti è indipendente dalla dichiarazione del fallimento di maniera che può d'assai tempo precederla. Ora il fallimento mette come in sequestro (*met arrêt*) i beni tutti del debitore; fissa lo stato in cui si trovano; paralizza ogni movimento ulteriore che tenda a mutarne le condizioni. Al momento del fallimento cosa aveva il creditore? Forse un pegno realizzato e rivestito di tutte le sue condizioni d'esistenza? Mai no. Il pegno manca di uno dei suoi elementi. Il creditore non n'è punto investito rimpetto ai terzi. Per ciò che li riguarda, questo creditore non è che un semplice mandatario, passibile di tutte le eccezioni che potriano opporsi al debitore medesimo. Come adunque potrebb'egli, in faccia al fallimento, aggiungere al suo diritto una forza novella, addivenire un possessore *proprio jure*, e consolidare il pegno coll'acquisto di una condizione che gli mancava? Coloro che a tale sistema d'indulgenza sono proclivi, non pongon mente che la notificazione *est une véritable prise de possession à l'égard des tiers*; possesso indispensabile affinchè il privilegio possa aver efficacia rispetto ad essi. Non pongon mente che il creditore che non ha per sè che un semplice trasporto senza notificazione, non è punto investito del pegno stando anche alla consuetudine di Parigi (1); e se non lo è all'atto del fallimento, come *ex post facto* potrà esserne investito, e così cangiare, a pregiudizio della massa, una situazione irrevocabilmente fissata? Ciò ha perfettamente compreso l'articolo 446 del Codice di commercio: espressione di queste idee.

Fin qui l'illustre autore. Risponde ad una avvertenza che crede aver determinata la decisione. Mi si obbietta, egli dice, che l'articolo 446 (2) dispone pel caso in cui il pegno è stipulato a profitto di un credito anteriore non coperto da veruna garanzia: esser cosa ben differente che il pegno sia stato convenuto insieme al credito, e in un tempo fuori d'ogni sospetto, non trattandosi più che di completare la garanzia colla notificazione. Poco monta se esso abbia luogo dopo la cessazione dei pagamenti; bastare ch'esso preceda la dichiarazione di fallimento, che sola spoglia dell'amministrazione il fallito. L'argomento appare assai grave allo stesso TROPLONG, ma poi dice di non trovar mica una vera differenza fra il caso di una obbligazione garantita da pegno; e di altra, a cui accede bensì tale garanzia, ma dal creditore lasciata *dans un état évident d'imperfection*. Può mai il pegno imperfetto e inefficace rivestirsi di qualità che lo rendano valido verso i terzi dopo il fallimento? Può mai avvenire che in mezzo al disastro, un creditore possa cangiar posizione di fronte agli altri creditori? Perchè non ha eseguite più presto le sue regolari notificazioni? Perchè non ha usato maggior diligenza? Perchè questo traccheggiare quasi insidioso pei terzi che non hanno perciò potuto misurare al giusto gli impegni del loro debitore? E conchiude dicendo che la decisione 4 gennaio 1847 (da lui memorata) non ha risposto che con una petizione di principio (detto n° 276).

Per non omettere nulla del discorso che io m'accingo a confutare, esporrò in breve, questa volta senza tradurre alla lettera, le ultime osservazioni dell'autore.

Se è vera la dottrina della Corte di cassazione per ciò che riguarda la notifica del trasporto (equivalente alla presa di possesso del pegno consistente in un credito), dovrebbe *necessariamente* potersi applicare al pegno di oggetti corporali. Ma se un pignoratario (2) di tali oggetti venisse dopo la cessazione dei pagamenti o nei dieci giorni anteriori al fallimento a ritirarli dall'attività e dal possesso del debitore, che si direbbe? Egli ha lasciato passar tanto tempo da insinuare nei creditori la ben legittima idea che quei mobili fanno parte del patrimonio del debitore: tutto ad un tratto li sorprende con questa pretensione inaspettata! Sarebbe ciò permesso?

La deduzione che fa la Corte suprema rapporto al mobile dato in pegno svanisce interamente. Cosa dice la Corte? Che l'articolo 446 non dichiara nulli che i pegni *statuiti dal debitore*. Ma la notificazione non è un atto del debitore, ma sì del creditore. — Io vi prendo in parola, risponde l'acuto oppugnatore: ammettete adunque che l'articolo 446 condanna

(1) Cout. de Paris, art. 108.

(2) Il nostro articolo 533 non contiene una disposizione diversa. È quella di tutti i Codici di commercio.

(3) Per me, *pignorante* (convenzionalmente parlando) è il debitore che dà il pegno: *pignoratario* il creditore che lo riceve.

questo fatto del debitore. Il testo parla del *debitore*, ma non bisogna abusare dei vocaboli. E pare voglia dire, giacchè non lo dice espressamente, che questo creditore avendo causa dal debitore, il fatto suo si consideri come il fatto di quest'ultimo.

643. Io non so come sia sfuggito alla diligenza dell'autore, che ben *quattro decisioni* furono proferite dalla Corte di cassazione nello stesso giorno 4 gennaio 1847 sullo stesso soggetto (1). Osservando questo imponente complesso, forse non avrebbe detto di venire aspettando, per decidersi, altre manifestazioni della giurisprudenza.

Delle quattro specie ne esporrò una sola, quella del Bodin.

Nel 6 dicembre 1840 i banchieri *A.* e *B.* aprirono nella loro casa un credito di L. 15,000 a Bodin in causa di certi lavori che teneva in appalto dall'amministrazione pubblica. A garanzia del credito della ditta, Bodin cedeva certi mandati e danari da ritirarsi a regola di lavoro. Nel 21 del mese l'atto venne notificato al Ricevitor generale; ma le notifiche non furono completate che nei giorni 19 e 20 novembre del 1841. Nel 17 marzo 1843 dichiarazione di fallimento di Bodin, retrotratto al 16 giugno 1841. Il sindaco sostenne che le garanzie accordate ai banchieri *A.* e *B.* erano rimaste inefficaci, sendochè le notificazioni che dovevano perfezionare il contratto erano cadute in tempo proibito, in quello cioè ch'era stato involto nella dichiarazione di fallimento. Una prima sentenza di tribunale di commercio (30 marzo 1844) diede ragione al sindaco, e gli diede pure ragione la Corte di Bourges, che nel 12 giugno dello stesso anno confermò quella sentenza. La decisione fu cassata. La Corte suprema espresse alcuni motivi semplici e perentori. Disse che l'articolo 446 del Codice di commercio si limita a dichiarar nulli i pagamenti dei debiti non iscaduti; o se scaduti, eseguiti in altro modo che con effetti di commercio, ma non annulla gli atti di trasporto benchè fatti dopo la cessazione dei pagamenti, o nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione.

Nella sentenza di fallimento Oden Rech, la Cassazione fu più esplicita, ma in perfetta coerenza con se stessa. Essa concedeva (e così era tolta non lieve controversia) che la notificazione che si fa al debitore del debitore dell'atto di cessione ne forma veramente il complemento, e costituisce il privilegio. Ma il suo punto di vista era diretto a ciò, che questo atto complementare e integrante si sosteneva ed era valido in ordine al tempo in cui era stato eseguito: cioè *prima della dichiarazione di fallimento* (2). Poichè, sebbene ad altri effetti il fallimento sia retrotratto, il fallito non è spogliato della amministrazione e privato della disponibilità se non in quel giorno. Ma la forza del discorso stava ancora nella sostanziale differenza fra il caso attuale e quei fatti anteriori all'apertura del fallimento, pei quali era scritta in legge la più espressa riprovazione e la nullità. Le altre sentenze non fanno che ripetere questa idea dominante.

Cosa dice il nostro autore ai meriti del quale c'inchiniamo riverenti, benchè qualche volta siamo costretti a dividerci dalle sue opinioni? Egli dice che il fallimento parifica lo stato dei creditori e lo fissa in modo inalterabile, e che ove si consenta ad un creditore di migliorare la sua posizione *acquistando delle facoltà che non aveva*, il sistema dell'uguaglianza è alterato e scomposto. Quando il lettore si compiaccia di rivedere il passo che io ho letteralmente tradotto, troverà che quello di cui l'egregio scrittore si occupa meno, è l'argomento che sorge per così dire dalle viscere della legge, fra l'essere un fatto colpito o non colpito della sua riprovazione; che altro è un contratto, un atto qualunque vizioso nella sua origine, ed altro è il disputare *della sua esecuzione*; ossia del modo di mandare ad effetto quel medesimo atto. Non si mette in dubbio il principio, che niun creditore deve in quei critici momenti avvantaggiarsi sugli altri mediante le concessioni sempre sospette di un fallito; ma si nega che l'antico e inappuntabile creditore, regolarizzando il suo acquisto, faccia uno di quegli atti che la legge condanna. Conveniamo che l'acquisto mancava sino a quel punto della sua condizione d'efficacia; ma ciò appartiene all'estrinseco, e nella sostanza la condizione di questo creditore è affatto diversa da quella degli altri. Il creditore

(1) *La prima* nel fallimento Odon Rech; *la seconda* nel fallimento Bodin; *la terza* nel fallimento Levvilier; *la quarta* finalmente nel fallimento Hervo (Vedi *Journal du Palais*, 1847, tom. I, pag. 228, e seguenti). Si vede che la Corte si riserbò di decidere tutte quelle cause in un solo giorno per unità di studio e di conclusioni.

(2) « Dans l'espèce le contrat de nantissement « avait acquis toute sa perfection avant le juge« ment déclaratif de la faillite ». La notifica era avvenuta il giorno prima della dichiarazione; ma il documento nel quale erasi stipulata la garanzia, era di due anni addietro.

che mediante la notifica ferma in mano al debitore del suo debitore gli oggetti della sua garanzia, se può giungere ancora in tempo per farlo, non si crea già un diritto nuovo; egli arriva a mettére in salvo un diritto antico, come il venditore rivendica le merci spedite al fallito, onde sarebbe ingiusto dovesse ricaderne il valore ai creditori di lui. Perciò non offende l'equilibrio che si deve osservare fra creditori; solamente sottrae con legittima ragione ai creditori ciò che loro non appartiene. È facile vedere che questa osservazione risponde a tutta la prima parte del discorso di TROPLONG. Non deve far maraviglia che, venendo pure a toccare dell'articolo 446, egli mostri non sentire la differenza così marcata nella dottrina della Cassazione? Non è piuttosto la sua una petizione di principio, quando dice che il pegno è imperfetto, e non comprende come possa perfezionarsi entro l'atmosfera del fallimento? Forsechè il fallimento impedisce in modo assoluto l'esercizio di diritti acquistati prima che quell'evento funesto spuntasse? Aggiunge: che il ritardo ha generata nell'animo dei creditori la persuasione che quei mobili, quegli effetti fossero del debitore. Ma il creditore, dimostrato tale dal suo titolo, aveva forse degli obblighi verso i terzi? Il suo ritardo lo ha messo sì in pericolo di perdere la garanzia; ma non è questo il caso in cui la opinione prevalga al fatto reale e alla verità.

All'ultima obbiezione dedotta da una situazione dissimile, e quindi naturalmente debole. Io non convengo nel proposto, dato come sicuro, che il creditore di cui parliamo non potesse sequestrare in mano al debitore del debitore i mobili dati in pegno, semprechè il debitore ne fosse ancora in possesso; cioè prima della dichiarazione del fallimento. Sono però persuaso che dopo il fallimento non potesse farlo. Per qual ragione? Perchè, spogliato il fallito dell'amministrazione, il possesso dei mobili avrebbe fatto passaggio nella massa, e per essa nei suoi rappresentanti. E con ciò si conferma la distinzione della Corte: forse non così rigorosamente logica trattandosi di credito, ma per certo piena d'equità e di prudenza.

Ho la soddisfazione di poter confortare la mia opinione con quella dell'illustre continuatore di MARCADÉ, PAUL PONT, consigliere di cassazione, che dopo avere riferita la dottrina di TROPLONG, la respinge confutandola. Egli mette in maggior rilievo di quello ch'io abbia creduto di dover fare la distinzione fra il fallimento di fatto ed il fallimento dichiarato; ed ecco le sue parole. « C'est qu'en effet on y « confond des situations et des choses qu'il « faut soigneusement distinguer. Non: la cessation des payements n'est pas la faillite; « elle n'est pas du moins la faillite déclarée. « Entre la faillite déclarée et la cessation des « payements il y a, sous le rapport des effets, « une différence essentielle dont, évidemment, « les auteurs dont nous avons rappelé la doctrine ne se sont pas assez préoccupés. Ainsi « un négociant, plus ou moins obéré, consent « le nantissement d'une créance, et le jugement déclaratif de la faillite intervient « avant que le gagiste ait signifié l'acte au « débiteur de la créance engagée; sans doute, « la signification qui serait faite ultérieurement serait tardive et sans efficacité. Pourquoi? Parceque le jugement déclaratif de la « faillite a dessais le failli de l'administration « de ses biens, et que la signification étant un « *des éléments constitutifs du nantissement*, et « son élément complémentaire au regard des « tiers, il n'est possible légalement que le nantissement prenne naissance à une époque ou « le débiteur n'a plus pouvoir et capacité à « l'effet de le constituer » (Commento all'articolo 2075 del Codice Napoleone, nº 1112). Per me il ragionamento è anche più decisivo, se si ritiene che la notificazione non sia veramente *uno degli elementi costitutivi del pegno*, ma la sua forma esteriore e la condizione della sua efficacia.

Nonostante però la notificazione fatta in tempo utile, il pegno può esser annullato, osserva a tutto proposito il PONT, per applicazione degli articoli 446 e 447 (noi diremo degli articoli 555, 556) (1); ma la frode vera o presunta dovrebbe cadere sull'atto costitutivo. L'atto stesso di notificazione non potrebbe esser tassato di mala fede, posto che il creditore lo abbia eseguito nella piena cognizione del disastro del debitore? Io convengo coll'autore, non potersi qualificare di mala fede un tale atto, quantunque determinato dalla imminenza del pericolo. L'esercizio di un diritto, non abusato e consono al proprio fine, è pure un diritto (2).

(1) Il nostro articolo 555 dice: « Sono nulli... i pegni e le anticresi *costituite* sopra i beni del debitore »; ma nella nostra ipotesi non fu in quel tempo, ma molto prima *costituito* il pegno.

(2) Vedi contra MASSÉ, *Droit commercial*, 2ª ed., tom. IV, num. 2891. Sentenza favorevole Cassazione francese, sezione dei ricorsi del 24 maggio 1848.

—

644. Noi seguitiamo a parlare per poco del pegno di *crediti civili*. « In ogni caso (dispone « l'articolo 1882) il privilegio non sussiste sul « pegno *se non in quanto lo stesso pegno è stato « consegnato*, ed è rimasto in potere del cre- « ditore o di un terzo eletto dalle parti ». Trattandosi di azioni, di crediti, il *pegno* non è che il titolo, il documento (1). In tal guisa si materializza il pegno ideale e diventa sensibile. E solo dal fatto materiale può avere una sussistenza esteriormente apprezzabile. Ne segue chiaramente, che la dazione in garanzia di un credito non apparente da titolo, o non consegnato il titolo, sarebbe cosa vana (2). Il pegno è valevole se il documento è confidato a depositario di comune fiducia (articolo 1882 del Codice civile).

Anche il pegno commerciale ha bisogno della sua dimostrazione estrinseca (3). Solamente, secondo la natura dei crediti e la qualità dei titoli dai quali risultano, cangia notabilmente la forma della tradizione (4). Di continuo si danno in garanzia effetti commerciali, titoli all'ordine, nominativi, obbligazioni d'ogni specie, che a questo fine si trasmettono di mano in mano, per via di girata, colla epigrafe enunciata nel nostro articolo 189, che non è altro che la consacrazione di un uso generalissimo in commercio, sciolto da ogni altra formalità del diritto civile (5).

Il principio costitutivo del pegno non patisce perciò alterazione; esso rimane immutabile in presenza delle modalità che hanno ragione di essere nella peculiare natura dei titoli commerciali. La legge considera due categorie di codesti titoli: 1° *Effetti all'ordine;* 2° Azioni, obbligazioni e altri titoli *nominativi delle società nelle quali il trapasso si fa per mezzo di registrazione nei libri della società*. Effetti all'ordine la legge intende quelli che si trasmettono mediante girata sulla carta medesima (6). Anche in questo caso io consegno in mano al creditore il documento di cautela, cioè la cambiale che dovrà valergli a garanzia di una mia obbligazione commerciale, e perchè bene si conosca la causa per cui egli la serba, aggiungo la dichiarazione — *valuta in garanzia* — o altra consimile.

645. Qui due domande. Non sarebbe il pegno bene e validamente costituito colla consegna pura e semplice della carta cambiaria senza la girata? Può il pignoratario valersi della cambiale e negoziarla?

Credo non potersi dubitare che il pegno sia validamente costituito colla sola consegna, ma allora è d'uopo che il contratto risulti dallo scritto, secondo il disposto dell'articolo 188. La formula della girata tien luogo della scrittura del contratto e adempie al requisito della tradizione: ove manchi, i due atti distinti sono necessari. Il possesso puro e semplice di una cambiale senza giro non avrebbe altra significazione giuridica che di un deposito e di un possesso per conto altrui.

Il titolo commerciale dato in garanzia può essere negoziato se si riguardi la facoltà di trasmetterlo con effetto nell'altrui mano. È trasmissibile per la natura sua di carta circolante all'ordine del possessore, ma non si trasmette e non si acquista che una proprietà risolubile. La sua causa è scolpita nella formula: la ragione del possesso è fatta palese all'acquirente; illusione o frode non è possibile. Se si confronti questa maniera di pegno a quello dei mobili, è meno pericolosa al debitore e più sicura. Il creditore pignoratizio non può disporre dei mobili (articolo 1882 del Codice civile); egli ne è il vero custode e depositario; ma infine se ne abusi, il terzo acquirente, che ignora l'esistenza del pegno, ne diventa proprietario legittimo (articolo 707 del

(1) Così vedesi in quanti modi si usurpa il vocabolo *pegno*. Ora è lo stesso contratto; ora è il diritto che ne risulta, e che in faccia ai terzi prende nome di *privilegio:* ora è la cosa materiale che si consegna.

(2) Troplong, *Nantissement*, num. 276.

(3) In quanto i documenti consegnati possano rappresentare il credito. V. il commento del prossimo articolo.

(4) La tradizione delle merci di gran portata e volume suol eseguirsi mediante la tradizione delle chiavi (Corte d'Aix, 21 febbraio 1840).

Talvolta le chiavi sono riconsegnate al debitore che s'introduce nei magazzini o nelle cantine ove sono deposti i vini; ciò non osta al possesso del creditore. L'essere quei locali di sua pertinenza, basta a mostrarne il possesso, tenendo esso le chiavi o chi per lui (Cassazione francese, 10 agosto 1849). Esempi possono vedersi numerosi anche nei repertori nostrani.

(5) Questa per noi è divenuta una verità semplice. Ma prima d'ora si oscillava fra le disposizioni un po' pesanti del diritto civile e l'esigenze del commercio, e vi erano magistrati che tenevano per la necessità delle formalità civili, eziandio nei fatti di commercio, come altrove si è esposto (Parigi, 21 giugno 1842, Dalloz, *Recueil*, t. xlii, part. ii, pag. 115; Douai, 29 marzo 1843, Devilleneuve, ii, pag. 115; Rouen, 2 dicembre 1843), benchè altre sentenze presagissero la vera dottrina.

(6) Non inchiude i titoli *al portatore;* la ragione la dirò più avanti.

Digitized by Google

detto Codice). Invece niuno dei giratari di quella carta così parlante potrà dire: io sono in buona fede. Il debitore paga; e non essendogli restituito l'effetto dato in garanzia, può esercitare duplice azione: contro il creditore soddisfatto, e contro il possessore del recapito per la restituzione. Legittima eccezione gli compete eziandio contro il creditore medesimo.

A cominciare da questa, il debitore che conosce essere stata negoziata la carta di garanzia e averne il creditore intascato il valore, oppone sino alla concorrenza la compensazione col proprio debito. E se questo non fa, liberato il debito, esige a tutta ragione dal creditore soddisfatto la restituzione del recapito, o il risarcimento del danno. Io sono pur fermo nel credere, che potrà con pari ragione costringere il giratario alla restituzione. Il giratario non è un terzo, a rigor di termini; è un avente causa del pignoratario, sciente della sua posizione di diritto. L'indole della negoziazione commerciale non se ne riscuote; non se ne lagna; la buona fede e la lealtà siano le nobili divise del commercio, e questi numi non potrebbe invocare il giratario nel caso presente.

Che se l'effetto commerciale è girato al creditore puramente e senza la clausula suggerita dalla legge, e per lui sia di nuovo ad altri trasmesso per la stessa via, il terzo ne ottiene la proprietà assoluta, e indarno si vorrebbe dal debitore tentare la prova del pegno onde ricuperarlo dal terzo, soddisfatto il debito. Le idee non sono sempre state esatte su questo punto; forse per colpa di quelle legislazioni commerciali che non sapevano spiegarsi, e lasciavano troppa preponderanza agli ordini civili. La Corte di cassazione francese (6 agosto 1845) era uscita in questo proposito, che una girata col motto — *valeur en garantie* — non costituisce il contratto di pegno di una cosa mobiliare quale si ènuncia negli articoli 2071 e 2072 del Codice Napoleone. Sia pur vero ciò che avverte TROPLONG (n° 285) che la Corte suprema non volle altro significare fuorchè ogni girata in qualunque modo espressa, valore in ispecie, valore in merci, valore in conto, e via discorrendo, è un atto *sui generis* che trasporta il biglietto coi mezzi suoi propri, ed ha conseguenze diverse da quelle che vengono a risultare dal pegno costrutto nella forma civile. Ma, oltrechè l'espressione della Corte ha proprio bisogno di commento, il limpido concetto dell'atto commerciale è subito intorbidato da quella incongrua reminiscenza della forma civile. Laonde DALLOZ potè argomentarne (*Recueil*, 1845, II, 118, nota) appartenere al poter discrezionale dei giudici il conoscere se la girata non contenga piuttosto un pegno che un trasporto assoluto di proprietà. No: tal prova non potrebbe mai farsi rispetto ai terzi giratari del biglietto all'ordine, ove la prima girata sia pura e semplice, senza riserve e condizioni. Essa produce il suo naturale effetto: il trasporto assoluto della proprietà. La facoltà, non dirò discrezionale, ma interpretativa di fatti e di convenzioni non abbastanza evidenti, si esercita dal giudice nei rapporti fra debitore e creditore; ma pei terzi, la storia del loro diritto comincia e finisce nel documento commerciale; se la formula limitativa e la causa della garanzia non vi si riscontra, non sarebbe lecito ricercare il senso occulto dell'atto; nè opporre al terzo la scienza di qualche convenzione di cui la carta commerciale non serba traccia, quasichè il terzo, sapendo che un contratto di pegno esisteva, abbia voluto caricarsi delle conseguenze.

646. Ho detto (n° 644) che *gli effetti all'ordine* dei quali parla il nostro articolo 189, non si denno confondere *coi titoli al portatore*; nè perciò ho inteso di escludere che i titoli al portatore possano costituire materia di pegno, come ogni altro valore. Non trasmettendosi per via di girata, ma per semplice trasporto manuale (1), non portando epigrafe che li distingua, nè marca che delimiti la loro forza d'espansione, la legge non poteva consigliare veruna formula cautatoria; e perciò non ne ha parlato. Qualche cosa bisogna lasciare alla prudenza degli interessati. La scrittura che costituisce il pegno, saprà descrivere le cedole con precisione; dichiarerà che il creditore le ritiene per ragione di pegno; se ne dispone tuttavia, dovrà soggiacere alla emenda dei danni. Molto meglio, se ne faranno deposito a un terzo, onorato della comune fiducia (V. n° 654).

647. Il secondo capoverso dell'articolo 189 accenna a titoli d'altra ragione, onde le regole costituenti il pegno sono diverse.

L'articolo 150 ci addita *come si stabilisca la proprietà delle azioni nominative*. In commercio quasi sempre l'apparenza è l'essere; l'azione è di colui che è nominato in quei libri.

(1) La Cassazione francese nel 19 maggio 1858 (*Journal du Palais*, pag. 853) stabilisce che l'articolo 2074 del Codice Napoleone non si applica alla rimessa di titoli al portatore, effettuandosi il pegno colla semplice tradizione di titoli.

Come la proprietà, così il possesso dei diritti, non si esprime in altro modo che con una formula dichiarativa, ostensibile, e nota. Gli antichi la chiamarono *quasi possessio*: modo simbolico, artificio della nostra ragione. Non potendosi in altra guisa significare il possesso, si effettua il *trapasso sui libri* in testa del possessore, che sarebbe un proprietario, se una epigrafe moderatrice (*per causa di garanzia*) non rivelasse la sua vera condizione e il carattere della iscrizione meramente cautatoria.

È questo un caso in cui lo stesso creditore non raggiunge la sua posizione se non mediante il concorso di *due atti*; laddove un solo occorre a costituire il pegno degli effetti negoziabili. Deve precedere la scrittura, giusta l'articolo 188; indi sul fondamento della scrittura si opera il *trapasso* nei registri, il quale non concerne che la esecuzione, ed equivale alla notificazione rispeto ai crediti comuni. Invece l'*effetto all'ordine* a cui la qualità della girata imprime il carattere nel suo genere perfetto, racchiude il contratto di pegno nel lampo di quella formula che illumina l'intenzione dei contraenti. Tenersi intestato in quella carta negoziabile, è avere il possesso. Ed è singolare virtù o requisito della carta commerciale negoziabile mediante girata.

Articolo 190.

Il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata.

Questo privilegio non sussiste, se non in quanto la cosa data in pegno è stata consegnata, ed è rimasta in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti.

Il creditore però si reputa avere il possesso delle merci, se le medesime sono ne' suoi magazzini o sulle sue navi, in quelli del suo commissionario, in dogana od altri pubblici depositi a sua disposizione, o se prima del loro arrivo è munito della polizza di carico o lettera di vettura regolarmente girata.

648. *Natura del possesso del creditore pignoratizio. Teoria del possesso civile. Rettificazione di alcune dottrine.*

649. *Tre condizioni essere necessarie a stabilire il possesso pignoratizio nel creditore della merce in spedizione.*

Fra queste la permanenza del di lui consenso quando si fa luogo alla spedizione della merce in forma reale o figurativa.

650. *Del possesso che il creditore pignoratizio deduce dalla esistenza delle merci in dogana a di lui disposizione.*

Della disponibilità costituente il possesso, che si verifica nei luoghi di pubblico deposito.

651. *La lettera di vettura o polizza di carico, la cui trasmissione può costituire possesso pignoratizio, dev'essere regolata e conformata allo schema dell'articolo* 81.

Per l'acquisto immediato del possesso nel creditore pignoratizio non è necessario che la polizza sia all'ordine, o esprima il valore somministrato.

652. *Il contratto di pegno ha per condizione il possesso: se i crediti vennero formati in relazione a una promessa di pegno che non ebbe principio di esecuzione, non esiste ancora vincolo reale; il quale però si forma nel momento qualunque in cui si verifica il possesso.*

653. *Continuazione.*

Affinchè il commissionario possa valersi con effetto del privilegio, è d'uopo abbia fatte le anticipazioni in vista d'una garanzia, almeno promessa. Nei casi ordinari ciò è indifferente; e per quale ragione.

654. *Della disponibilità come carattere del possesso, e della indisponibilità come vincolo del possesso del pignoratario. Conciliazione di queste idee.*

Della indisponibilità del pegno di titoli al portatore. Processo Mirès.

655. *Diritto di suppegno.*

Non dichiarato espressamente nel titolo del pegno, esiste nell'ordine dei principii, dovendosi il jus pignoris *considerare come una vera attività patrimoniale e un diritto reale.*

Digitized by Google

656. *Del diritto che ha il debitore, pagando il debito, di riavere il pegno. Teoria dedotta dalle leggi romane.*

657. *Applicazioni. Del pegno nominale. Distinzione fra pegno civile e commerciale, in quanto il secondo ha per soggetto effetti propriamente commerciali.*

Se ed in qual caso il debitore, redimente il pegno, deve pagare il debito in mano al primo o al secondo creditore.

658. *Dell'azione diretta e costante del proprietario del pegno per ricuperarlo dal suo creditore immediato.*

Quid *rapporto ai terzi giratarj?*

659. *Del commissionario che cede o comunica ad altro commissionario il suo privilegio.*

Base del secondo pegno, onde nasce il privilegio, è la esistenza del primo. Al privilegio del commissionario non è mestieri che la spedizione sia fatta direttamente a lui, e al luogo di sua residenza.

660. *Come e a quali condizioni il pegno e privilegio del commissionario è transitivo ad un secondo commissionario; o al terzo, prestatore di somme erogate a benefizio della merce e secondo la intenzione del committente.*

661. *Può il pegno trasferirsi da una materia all'altra, e con esso il privilegio?*

662. *Del pegno dei mobili.*

Il possesso è titolo rispetto al terzo di buona fede; la regola si limita quando il proprietario ha smarrita la cosa o gli è stata tolta per furto.

Corrispondenza colla teoria del diritto romano.

663. *Se l'abuso di fiducia di cui si renda colpevole il creditore pignoratizio alienando o cedendo a titolo di pegno le cose pignorate, equivalga al furto per gli effetti possessorii.*

Della universalità dei mobili per alcuni effetti relativi al possesso.

664. *Come si prescrive l'azione del proprietario a ricuperare le cose smarrite e derubate contro il terzo di buona fede.*

665. *Della perdita del possesso e del conseguente privilegio pignoratizio. Principii generali.*

666. *Esame di alcune specie relative al possesso dei commissionari.*

---

648. Noi non ci proponiamo un trattato sul pegno, e neppure un commentario generale, come farebbe un accurato illustratore del Codice civile; ma soltanto di metterne in rilievo quelle parti che hanno più attinenza al commercio. Sia detto per quelli che trovassero dei vuoti nella nostra esposizione.

L'articolo 190 parla del *possesso* come condizione dell'esercizio del *privilegio*. Prima di apprendere e svolgere il concetto contenuto in questo articolo, convien dire qualche cosa dell'idea che in quella medesima condizione è supposta, cioè della proprietà che continua ad esistere nel debitore. E vedere se il possesso del creditore pignoratizio non sia produttore di altri effetti giuridici oltre quelli relativi alla realizzazione del pegno.

Chi costituisce il pegno modifica la sua proprietà, non la perde. Ciò non avviene soltanto nel pegno fondiario, ma anche nel mobile, quantunque il possesso materiale e reale trasmigri nel pignoratario. Ora restando nel datore del pegno la proprietà, sebbene vincolata al debito, non ogni utilità del possesso è levata al proprietario: e se vogliamo parlare nell'idioma classico, diremo una certa qualità di possesso superiore rimanere in lui, quello che chiamavano *possesso civile*. Anche il *possesso civile* si perde allorchè si cessa di avere la coscienza di questo medesimo possesso, e più non si ritiene coll'animo. Se i mobili mi sono tolti, o sono tolti al mio creditore che li ha in pegno, io perdo ogni sorta di possesso (1). Il possesso civile mi giova all'effetto della usucapione; il creditore pignoratizio possiede ad ogni altro effetto (2).

Del resto il possesso naturale (3) in tutta la estensione della parola (4) è nel creditore pi-

---

(1) « Rem quæ nobis subrepta est, perinde intelligimus desinere possidere, atque eam quæ vi nobis erepta est » (Leg. 15 Dig. de adquir. rer. possid.).

(2) « Qui pignori dedit *ad usucapionem tantum possidet;* quod ad reliquas causas pertinet, qui accepit, possidet » (Leg. 16 De usurp. et usucap.). Vedi sulla perdita del possesso il num. 656.

(3) Così frequentemente appellato nelle fonti per distinguerlo dal civile, come si è notato altrove. Vedi la nota seguente.

(4) Il creditore pignoratizio *possidet* — non di-

Digitized by Google

gnoratizio: quel possesso ch'era *base dell'interdetto possessorio*, e che più non apparteneva al datore del pegno (1). Così le azioni possessorie *ad pignoris defensionem* e le azioni utili del pegno sono nel creditore a riscuotere gl'interessi e anche a realizzare il credito, se per esempio le cambiali scadessero durante il contratto di pegno. La girata colla formula — *valuta in garanzia* — gli attribuisce quest'azione; le somme che esige vanno a surrogazione del titolo, e rimangono in deposito presso di lui vincolate al credito, e formano la materia del pegno. L'azione di cui è in possesso costituisce insieme un obbligo per lui; la sua negligenza, dannosa al debitore, lo espone alla perdita del proprio credito e ai danni (2). V. n° 667.

Ho veduto scrittori moderni venir ritoccando la teoria del possesso che dev'essere, o per indole di questa combinazione giuridica risiede, nel creditore pignoratizio, e discorrerne con mirabile inettezza. Sarà, chiedevano, un possesso naturale, reale ed attuale? Non potrebbe essere *civile* e *virtuale?* Brodeau, commentatore *de la coutume* di Parigi, scriveva non doversi avere in veruna considerazione « la pos- « session *civile, fictice et précaire*, et ce sans « fraude » (3). Il Troplong censura la proposizione siccome esagerata (e doveva dire erronea a dirittura); e stima di darne la dimostrazione rinviandoci ad una delle più belle sue opere, al commentario della vendita, ove egli dice aver posto in sodo, contro la volgare credenza, non esservi alcuna sostanziale distinzione fra *tradizione reale* e *tradizione finta* (4). In quanti casi il credito si troverebbe privo dei mezzi più semplici, più comodi, a costituire il pegno! In materia commerciale le lettere di vettura, le chiavi che si consegnano dei magazzini, non starebbero più a rappresentare la tradizione effettiva delle merci inviate e custodite nei fondachi: sarebbero simboli vani e inefficaci.

Il *possesso civile* non è un possesso finto e virtuale, come dicesi; è vero e reale, o esprima il complesso delle condizioni del possesso, o esprima la più eminente prerogativa dello stesso possesso.

Io non so come per noi moderni si abbia a parlare con noncurante levità di cose nelle quali si travagliò cotanto l'antica sapienza. Nei prischi monumenti della giurisprudenza la *civilis possessio* apparve come lo stato di perfezione e, se può dirsi, l'apogeo del possesso, che dal suo primo modo di esistenza, dalla nuda detenzione (stato *non giuridico* o naturale-storico), ascende allo stato giuridico, o in altri termini, diventa una relazione giuridica. Il possesso *non civile* inchiudeva sempre l'idea della privazione, o non fosse tale diritto che derivasse dall'antico e proprio *jus civile* romano; o naturale, quantunque giuridico, non avesse altra virtù che di difendersi all'ombra degli interdetti possessori (5).

Dal tutto insieme fu costante opinione dei più gravi autori della materia (6) che *un solo possesso giuridico esiste*, non due forme e due nature di possesso; *unum genus possidendi;* varie però esser le specie, e con effetti più o meno fecondi; si ritenga *animo et corpore;* o *animo* soltanto (7).

Ora in quale posizione di diritto trovasi per sua natura il creditore pignoratizio? Lo abbiamo già detto superiormente. Egli ha sul pegno la *naturalis possessio*, mentre il *possesso civile* perdura nel proprietario che ha dato il pegno.

Certamente il concetto moderno intorno al

---

citur *in possessione esse*, come mera detenzione — (Savigny, *Diritto del possesso*, sez. I, § 7).

(1) Savigny, ivi.

(2) La Corte suprema di Francia decise, nel 26 giugno 1866 (Dalloz, *Recueil*, p. I, p. 501), che se effetti di commercio furono rimessi senza girata, e il creditore non si carica del realizzo del credito (che in tal caso avrebbe qualità di mandatario), anzichè pegno, deve dirsi un contratto *innominato*; il creditore non ha neppur obbligo di protestare, e il farlo spetta al debitore proprietario del recapito.

Nei rapporti del debitore e creditore certamente questi sono fatti da discutersi; ma se ammettiamo il possesso pignoratizio, ammettiamo nel creditore l'obbligo di conservarlo, e fra gli atti conservativi sono i protesti e le riscossioni (V. il nostro commento all'articolo 191). Num. 667 e seg.

(3) Su l'articolo 181, num. 4; Troplong, *Nantissement*, num. 990.

(4) *De la vente*, tom. I, num. 267; *Nantissement*, num. 299.

(5) Talvolta la *possessio simpliciter* enunciata significa il giusto modo di possedere, quale contrapposto alla detenzione di mala origine e ingiusta; oppur anche senza coscienza di civile possesso, che dicevasi in *possessione esse*, come notai di sopra.

(6) Oltre Savigny, nella sezione indicata, § 7, per tutto, vedi l'acuta e dotta dissertazione di Donello, *De jure civ.*, tom. I, lib. V, cap. VII, colle note d'Hilligero.

(7) « Et in summa magis unum genus est pos- « sidendi, species infinitæ » (Fram. 3, § 21, de poss., e per *species* s'intende, secondo Savigny, *causæ possidendi*.

Digitized by Google

possesso procede più sciolto da quei postulati che si radicavano nello svolgimento successivo di una legislazione che i secoli avevano prodotta con una elaborazione lenta e difficile, ma quei principii sono incancellabili ed eterni. Non possiamo crearne dei nuovi. POTHIER, che io citerò come il degno rappresentante dell'antica dottrina portata sino alla soglia dei Codici moderni, e che loro valse l'onore che si son fatti, definiva in questo modo il *possesso civile*. « È il possesso di colui che possiede una « cosa come a lui appartenente in proprietà, « tanto se è veramente il proprietario, quanto « se ha qualche giusto motivo per credere di « esserlo ». Indi dopo aver detto che *possesso naturale* è in colui che possiede ingiustamente (1), continua, naturale chiamarsi il possesso di chi possiede giustamente ma senza coscienza di proprietario, come il depositario « Tal è pure il creditore pignoratizio » (Introduzione al Titolo dei casi possessorii, tit. XXII).

E come si è potuto dire che il possesso civile è *virtuale*, *finto* e *precario?* Nel suo più lato senso il possesso civile è il possesso *juris*, e sempre il possesso *juris*, più o meno perfetto nella sua efficienza. Temeva il BRODEAU che il possesso del creditore pignoratizio non fosse che rappresentativo, figurato, e non reale. Il vizio adunque sarebbe non nell'avere un possesso civile *simpliciter* (2), ma nel non averne alcuno. TROPLONG ha risposto bene nella sostanza, ma con dimostrazione indiretta. Ciò ch'esso insegna, rapporto alla tradizione, è verissimo. Solamente la tradizione è il *mezzo a trasferire il possesso*; e qui si tratta del valore di esso, ossia dell'effetto giuridico della tradizione eseguita in un dato modo. Vi è sempre possesso quando si ha la disponibilità; e questo vero avrà nuova luce nelle osservazioni che vengono appresso (3).

—

649. Ho bisogno di tener distinto il privilegio del commissionario da quello del creditore cautelato con pegno. Ho espresso al numero 258 una mia opinione che debbo qui richiamare; il privilegio del commissionario partecipare della natura del pegno, ma non essere propriamente un *jus pignoris*. Ne ho dichiarate le ragioni. Pongo quest'avvertenza perchè veggo farsene confusione fra gli scrittori, ed è male. Il privilegio del commissionario ha le sue condizioni giuridiche, ma non tutte quelle del pegno convenzionale; è dominato da un'idea più generale e di maggiore interesse pubblico; questi pochi cenni e le cose che ho dette in altro luogo bastano a rilevarne la differenza.

L'articolo 190 è benefico; esso scioglie delle questioni che altrove travagliano ancora la giurisprudenza, e abbrevia l'opera del commento.

Il movimento commerciale e il trasporto delle merci, d'ordinario a luoghi lontani, rende interessante esaminare la relazione del possesso rapporto alle cose cedute a pegno *in quell'intervallo che separa la partenza dall'arrivo* (viaggianti le merci). La consegna della lettera di vettura equivale, per l'effetto pignoratizio, alla consegna delle merci, producendo l'immediato effetto della disponibilità. Ma perchè abbia carattere normale di pegno, è d'uopo che la dichiarazione relativa del debitore preceda o accompagni la consegna della lettera di vettura, e sia scritta (articolo 188). Mancando la dichiarazione, ossia l'espressione del titolo, abbiamo una tradizione, non meno e forse ancora più efficace alla disponibilità; in molti modi interpretabile, non è però tale che se ne formi o risulti contratto di pegno. Sarà un mandato di negoziare la merce se la lettera è affidata ad un commissionario di professione; sarà un deposito per conto; o anche una vendita.

Perchè adunque si abbia il pegno con effetto, deve risultare: 1° che il pegno sia costituito mediante lo scritto. Il mio corrispondente mi scrive: in seguito delle intelligenze prese fra noi, e per salvaguardia e garanzia della somma di lire 10,000 che mi avete somministrata, o pel rimborso delle cambiali *a*, *b*, *c*, che mi avete avallate, io vi dirigo le seguenti merci descritte nella fattura che vi unisco. E le consegno al vetturale *A.*, o alla barca del capitano *B.*, ovvero al vostro commissionario *C.*, alla vostra direzione; 2° che la consegna sia realmente eseguita nel modo indicato; 3° che quegli a cui le merci, anche col rappresentativo della lettera di vettura o della polizza di carico, sono consegnate, abbia da voi un mandato espresso o tacito.

A queste tre condizioni il pegno è costituito, e il possesso del pignoratario esiste.

(1) All'effetto *ne deijciatur*, protetto dall'interdetto *unde vi* per non esser impunemente spogliato: e sotto questo aspetto è pure un rapporto giuridico.

(2) Che mai non potrebb'essere nel creditore pignoratizio, ma solo nel debitore che si è spogliato del possesso materiale per costituire il pegno.

(3) La importanza dell'argomento, che mai non cessa quando le questioni versano sul possesso, ci avrà fatta scusare la dissertazione.

Google

L'unione dei consensi, l'*idem placitum* del debitore e del creditore è dunque necessario; dev'esser nato insieme, deve durare e permanere intero nel momento che il debitore eseguisce la consegna del pegno reale o figurativo. Se il creditore avesse rivocato il suo consenso prima della detta consegna, e il debitore persistendo nel contratto, avesse pur voluto eseguirla, non l'avrebbe fatto che a proprio carico e senza l'effetto che si proponeva. Imperocchè il consegnatario, vetturale che fosse o commissionario o depositario qualunque, non essendo in modo alcuno abilitato dal creditore a ricevere la consegna, nè il creditore acquisterebbe il pegno, nè il debitore sarebbe liberato dal possesso, ma in se medesimo lo riterrebbe ancora, e, col pericolo che naturalmente lo aggrava (1), perderebbe anche le spese.

La quale osservazione, mettendo in vista ciò che non apparisce dalla parola della legge ma è certamente nel suo spirito e nella sua ragione, ne rende compiuto e perfetto il senso.

È fuori di dubbio che se il creditore riceve le merci nei suoi magazzini, egli fa atto di adesione; accetta il pegno. Non è ugualmente certo se le merci siano venute col suo consenso in mano di un commissionario, o nella dogana. L'art. 190, nel capoverso secondo, è scritto a favore del creditore, e suppone la sincera esecuzione del contratto, di comune accordo. Io pongo anche l'ipotesi che il debitore abbia fatta una spedizione di suo capo, senza l'intelligenza del creditore, o anche suo malgrado, ma di poi il creditore vi acconsente: e la sua ratifica, non impugnata, che ha per base la promessa di garanzia del debitore, cancella l'effetto dell'intermedio dissenso; egli acquista il privilegio. Ma l'altra ipotesi, sopra accennata, è più grave e seria. Il contratto di pegno era stabilito; il creditore se ne pentì, revocò il consenso. Il debitore nonostante, con lettera di vettura, volle mettere le merci intese a disposizione di lui, consegnandole al suo commissionario ordinario. In questo mezzo cade in fallimento il debitore. Il dissenso pronunciato dal creditore era noto: e il dissenso era causa, abbiam detto, perchè la spedizione non verificasse il possesso del pegno in lui renuente, nè quindi il privilegio. Accaduto il fallimento, il creditore si affretta a dichiarare ch'egli accetta la spedizione e reclama il privilegio. La massa dei creditori del fallito ha buon conto per sostenere che ciò è troppo tardi; che si deve fissare come solo legittimo il punto anteriore al fallimento in cui non si ravvisa il nesso necessario a stabilire l'acquisto del possesso, ostando il dissenso nel quale il creditore si manteneva.

650. Come possa costituirsi un pegno delle merci trasportate nella dogana, parve a taluno cosa difficile e quasi inesplicabile, non sapendosi concepire in questo fatto la formula del pegno. Affinchè le operazioni della dogana abbiano luogo in testa e in nome di un terzo, è d'uopo che questo terzo si presenti come un proprietario: in quelle aule non si conosce il titolo di pignoratario. Non si vedeva pertanto come le inevitabili formalità dell'articolo 2074 del Codice Napoleone potessero effettuarsi. Laonde la Corte di Caen, in una sentenza del 22 luglio 1845, ebbe a giudicare che nulla era nè di vendita, nè di pegno; non era vendita mentre non vi fu intensione di vendere, non si potè costituir pegno per difetto delle formalità relative.

Tronca ogni difficoltà la disposizione positiva della nostra legge, ma noi siamo avvezzi a domandare alle leggi le ragioni in cui si fondano.

La difficoltà, che ora diremo di principio, è duplice e d'ordine diverso. Come si combina che uno sia pignoratario quando appare investito della proprietà? Nell'altro aspetto invece si suppone la proprietà nel debitore, e perciò si rigetta, per la forma, la costituzione del pegno.

Il trasporto della merce in dogana, ben disse la Corte d'Aix (2), determina le relazioni della dogana col proprietario o *detentore* delle cose daziabili; riconosce la persona responsabile dei diritti erariali. In faccia alla dogana non hanno nome le ragioni di dominio e le affezioni giuridiche delle mercanzie, dei generi e delle cose qualunque soggette al dazio che l'ufficio non considera che in materia e valore per applicarvi la tassa. Non è per conseguenza accettabile ciò che la decisione seguitando afferma, essere quella presentazione in dogana piuttosto un fatto di *proprietario*, che di *possessore*, in quanto « il donne envers la douane « le droit de disposer en maître des propriétés transferées. ». Senza dubbio portando le merci in dogana, egli si espone a perderle, in parte almeno, qualvolta non sia pronto ad ese-

(1) Il rischio del viaggio sta al debitore che mantiene la proprietà del pegno. Ne toccherò un po' più sotto.

(2) 21 febbraio 1840 (Dalloz, 1840, t. II, p. 128 e 129; Troplong, *Nantissement*, num. 508).

guire il pagamento dovuto; ma egli non trasferisce dei diritti di proprietà nella dogana, nè il fisco ritrae i propri da una cessione di diritti privati; ma piuttosto le merci sono vincolate al pagamento della tassa, *come pegno legale*. I mandatari, i commessi, gli speditori, i commissionari sono per lo più gli sdaziatori delle merci che passano per le loro mani; e sebbene innanzi all'uffizio si annuncino col proprio nome, a tale operazione di mera regolarità e necessaria, non fu mai attaccata idea o simbolo di dominio.

L'unico significato giuridico che può derivare da questo fatto transitorio, rispetto al diritto privato, è quello del *possesso*, in largo senso: più propriamente, della detenzione. Staccato da qualunque altra relazione giuridica, e non visto che per se stesso, questo fatto non crea che delle obbligazioni nell'intestato detentore delle merci, oppure se ha per conseguenza qualche diritto, esso è limitato alla operazione doganale. È un detentore che può essere un commesso o un sensale ugualmente che un proprietario; e niuno potrà derivarne un titolo: io sono padrone della merce per averla sdaziata in mio nome. Vero è però che la sua apparizione in dogana lo fa responsabile, se non lo fosse principalmente il corpo delle merci obbligate a ogni diritto del fisco; ma egli risponde personalmente delle frodi. Per contro gli appartengono i diritti di rimborso o altro consimile.

Ma secondo che quella intestazione si collega con altre relazioni giuridiche, può assumere un valore e una importanza effettiva. Nel caso nostro la legge vi riconosce un possesso capace di stabilire il privilegio nascente dal pegno.

Ad ogni possesso pignoratizio precede il titolo. La cessione per garanzia delle merci che si recapitano in dogana avviene d'ordinario difettando al proprietario il danaro del dazio. Ebbene; Pietro manda una lettera o un telegramma all'amico Lorenzo, che si compiaccia di sdaziargli la merce che sarà sbarcata al porto d'Ancona, e si ritenga le merci stesse per sicurezza delle sue anticipazioni, e intanto gira la polizza al nome di lui. Il pegno sarebbe così costituito da due atti; e come sappiamo, può esserlo con un solo; lo speditore può girare la polizza di carico o la lettera di vettura, titoli all'ordine, col motto legale *girata per garanzia*, o altra clausula corrispondente. La dogana non si cura della formula riservativa; ma sa che costui è il detentore della merce, lo intesta nelle sue bollette e basta. In questo momento, stando ancora le merci in dogana, lo speditore o proprietario fallisce. Il sindaco prova che quelle merci appartenevano al fallito; veramente il buon Lorenzo non durerà fatica a farsi rimborsare con privilegio del dazio che ha pagato; egli subentra nel privilegio del fisco (1). Onde ci conviene allargare la ipotesi.

Supponiamo adunque che Lorenzo avesse fatto delle anticipazioni sopra un carico di merci che era partito da Trieste per Venezia. Pietro gli scriveva che arrivate che fossero le robe, resterebbero presso di lui a pegno dei pagamenti fatti e da farsi per conto di esso speditore. Egli non ha lettera di vettura girata a nome suo, nè altro effetto commerciale atto ad investirlo del possesso: gli manca il possesso. Se il carico svia dal porto, o non arriva, o prima di entrare in dogana a disposizione di Lorenzo, a norma della lettera del corrispondente, viene oppignorato dai creditori di Pietro, non attacca più il privilegio: Lorenzo ha un credito puro e semplice. Ma la legge finge l'ipotesi che le merci siano venute in dogana *messe a sua disposizione* da Pietro. In quello stato di cose egli si difende col possesso, nè più nè meno che se invece di entrare in dogana, si fossero versate *in qualche pubblico deposito*, per esempio in qualche stabilimento mercantile in cui sogliasi deporre le merci di transito che passano da un paese ad un altro. Nella ipotesi attuale adunque la *dogana* non è contemplata come tale, ma come un luogo di deposito qualunque in cui la merce rimanga *a disposizione del creditore*. La disponibilità è il possesso; e il possesso non potrebbe aversi se le cose fossero in mano di qualche privato, perchè il privato essendo *persona* (laddove il luogo pubblico a tutti appartiene ed a nessuno), il possesso sarebbe in lui e non nel creditore pignoratizio.

E ne consegue che in quel caso egli può battersi vantaggiosamente coi creditori del fallito pei suoi crediti anteriori coperti dal pegno (2).

651. Si è discorso al num. 267 se la girata

(1) Sentenza della Cassazione francese del 19 dicembre 1858 (Dalloz, *Recueil*, 1860, t. I, p. 111). Il commissionario che ha pagato il dazio delle merci in dogana, ha il privilegio stesso del fisco finchè ritiene le suddette merci; se il proprietario le ha rivendute a un terzo di buona fede, benchè le detenga ancora per conto di lui, quale industriale per esempio all'effetto di lavorarle, il commissionario ha perduto il privilegio.

(2) Noi parliamo sempre di transazioni sincere e

della polizza di carico o lettera di vettura a un commissionario *esprima il valore somministrato*, e si è concluso non essere naturale in tal caso la espressiene del valore somministrato. Io sono contento di quello che ivi ho detto, e lo confermo. Ma allora si trattava del commissionario: privilegio del commissionario, o pegno legale, è diverso dal pegno convenzionale: bisogna insistere di nuovo in questa distinzione che sfugge facilmente.

Il privilegio del commissionario è fondato nell'interesse generale del commercio; la natura delle operazioni che gli sono affidate; la estensione, la rapidità, il moto incessante da una parte all'altra del mondo, non permette l'applicazione di certe forme, che tanto giovano nelle private transazioni; bisogna tracciare delle grandi linee; posare certi fatti eminenti come punti direttivi, e costituire una teoria, che vorrei dire mondiale, in quanto corrisponde e armonizza colle altre legislazioni dei popoli commercianti. È manifesto che il pegno convenzionale si restringe, si circoscrive in un rapporto privato. Esso tende a personificare il diritto, a privilegiare un creditore sopra tutti gli altri che si affollano sui beni del debitore nel momento di crise commerciale, e si può dire che l'interesse generale del commercio è piuttosto da essi rappresentato che dal creditore che reclama il privilegio. I creditori in generale hanno diritto di essere guarentiti dalle frodi: il timore della frode pesa sull'animo del legislatore. In questa preoccupazione detta l'articolo 1880 in civile, e l'articolo 188 in commercio. Ecco adunque delle posizioni ben differenti.

È necessario che il pegno sia fortemente costituito onde resistere alla negazione degli interessati e agli urti delle opposizioni. Dicono i terzi: noi ci riserviamo di eccepire le frodi che avrete commesse malgrado l'apparente regolarità dei vostri atti; ma intanto cominciate dal farci conoscere questa regolarità estrinseca. È forse per mezzo di una lettera di vettura o di una fattura che voi costituite il pegno? Dovete esprimere il valore fornito, per non comparire in faccia ai terzi colla sottile e vulnerabile veste di mandatario; dovete presentarvi al conflitto, si dice, colla corazza (se mi si concede la espressione) e colla energia di un proprietario (TROPLONG, *Nantiss.*, n° 335). Una girata, senza dichiarazione di valor fornito, non è che un mandato; e in effetto la proprietà rimane ancora nel mandante. Più. L'atto deve portare in se stesso la impronta della disponibilità perchè si abbia possesso vero ed effettivo del pegno. Se la polizza non conta che in nome di una persona designata, e non ha la clausola *all'ordine*, certo il possessore non può disporre della cosa. Il destinatario, che non è provveduto di una *lettera di vettura*, o altro atto corrispondente, *all'ordine*, egli non avrà veramente il possesso se non quando avrà tradotta la merce nei propri magazzini o in qualche pubblico deposito a propria disposizione (TROPLONG, *Nantissement*, n° 544).

Fermiamoci un momento a considerare questa dottrina.

Io convengo che a stabilire il pegno convenzionale, e perchè ne segua l'effetto d'investire di legittimo possesso il consegnatario della merce viaggiante, è d'uopo che la polizza di carico o la lettera di vettura faccia conoscere ch'egli non è soltanto un mandatario nè un semplice incaricato a trasmettere, e neppure un commissionario senz'altro. Non ammetto però ch'esso debba figurare in tutto e per tutto come un proprietario; anzi questo carattere mentirebbe la sua qualità vera. Ma fra il possesso di commissionario cui non conviene la dichiarazione di valore somministrato, e quello di proprietario con piena disponibilità, havvi di mezzo quello del creditore pignoratizio. Pel trasporto della proprietà è certamente necessaria la significazione del valore somministrato, di una specie qualunque, siccome nei titoli cambiari; ma se il debitore non vuole assolutamente privarsi della proprietà, dichiarerà la causa della tradizione, *valuta in garanzia*, o *girata per garanzia*, o con qualche formola esprimente il concetto.

Egli è vero che un effetto commerciale, se non fu creato girabile, non acquisterà siffatta prerogativa per tratto susseguente. Che perciò? La espressione *per garanzia* basta ad arrestare il corso della commerciabilità del recapito, mentre il creditore, dalla natura stessa del suo contratto, è inibito di disporne. Le mercanzie che riceve saranno portate nei propri magazzini, e ivi le riterrà, fedele depositario, allo scopo per cui gli furono consegnate. Senza dubbio un effetto negoziabile è organo per trasmettere il pegno (articolo 189); e mezzo eccellente è pure una lettera di vettura stilata *all'ordine o al portatore*, com'è

di buona fede. Se il pegno non fosse che una finzione, sarà questione di fatto, e non possiamo occuparcene teoricamente.

permesso di fare (articolo 81). Ma non deve credersi necessario che la lettera abbia un simile carattere, appunto perchè il creditore non è libero di disporne in progresso a grado suo, come meglio si vedrà ragionando sui seguenti articoli. Una lettera di vettura *nominativa e a persona designata*, è sufficiente. Bisogna anche intendersi sul momento in cui il creditore pignoratizio ottiene il possesso legittimo del pegno. Non è vero che il possesso cominci dalla introduzione delle merci nei suoi magazzini o in un pubblico deposito. Il possesso comincia dalla consegna della polizza: tale è il senso letterale dell'art. 199 (in fine), non esigendo che la polizza sia all'ordine, ma soltanto che sia *regolarmente girata*.

Pertanto convien dire. L'ingresso della mercanzia nei miei magazzini o altro luogo non soggetto ad altrui podestà, qualifica certamente il mio possesso, ossia lo rende resistente e legittimo. Ma il possesso può cominciare anche innanzi mediante atti rappresentativi e figurativi di esso possesso, abili a produrre una tale conseguenza giuridica.

Si conclude: che la polizza o lettera deve a questo effetto contenere i requisiti dell'articolo 81 per essere documento legale, valevole rimpetto ai terzi (1): ma due cose si veggono non essere necessarie, l'espressione del valor fornito e la clausola *all'ordine*.

652. Qui dobbiamo ritornare sopra una materia esaminata nel punto di vista del privilegio del commissionario (num. 254, 255, 256), ma che acquista una nuova importanza per quanto spetta al diritto generale di pegno; tema frequente, onde in causa dell'interesse che offre, mi sarà scusata qualche ripetizione.

La questione, che è di quelle che non riposano ancora, suole porsi così. Il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata (articolo 190). Ma il pegno (2) è nesso reale fra il credito e la cosa; si forma in forza della intenzione reciproca del debitore e del creditore, e si effettua colla presenza e col possesso della materia, garante del debito. Quindi s'intende, come possedendo tu degli oggetti materiali di mia ragione, e in contemplazione del valore che ritieni eseguisci dei pagamenti per mio conto, o assumi la malleveria di altre mie obbligazioni, s'intende che non mancano qui gli estremi per costituire un pegno (3). Ma fingiamo invece: il contratto di pegno venne convenuto in una condizione di cose che può esser così espressa: che voi paghereste le mie cambiali a scadenza, ed io vi spedirei delle merci che starebbero a garanzia dei vostri pagamenti o delle vostre esposizioni. È forse validamente costituito il pegno in forza della nuda convenzione *senza la presenza della materia pignorata?* I crediti che voi avete soddisfatti per conto mio, sia pure sulla fede della promessa, avranno ragione di privilegio sulle cose che mi spedirete in un tempo posteriore?

Sollevò molto rumore una sentenza della Corte di Nimes del 7 giugno 1843 (4). Una intera popolazione di manifatturieri della seta si tenne minacciata nei più vitali interessi da quella decisione. Essa era solita di ricevere delle anticipazioni da case estere, che molto la giovavano nella coltivazione e nell'opera della fabbricazione; e soleva indi, a tempo opportuno, mandare le balle della seta lavorata. Certo quelle case anticipavano in vista della merce aspettata, e nella intenzione almeno di obbligarla. Dal canto loro i fabbricatori avevano la stessa intenzione; e rispettavano il vincolo al quale sapevano di essersi sottoposti. Contuttociò la Corte di Nimes stanziò in massima *che le anticipazioni fatte in contemplazione di mercanzie da riceversi, non sono privilegiate.*

La Corte di Nimes ebbe torto di decidere il punto di diritto in astratto, perchè nel momento della decisione le mercanzie erano state spedite ed erano in possesso delle case sovventrici.

Il contratto di pegno vuole la tradizione, ma non è necessario ch'esso cominci dalla tradizione, disse egregiamente TROPLONG (*Nantissement*, n° 241); e per vero niuna delle nostre leggi lo richiede. In qualunque tempo la merce si consegni, con quell'accordo e intenzione delle parti, il pegno è validamente formato; il vincolo reale è costituito. Soltanto, per la necessaria esattezza del linguaggio, non approviamo la seguente formola: « La réalisation du gage a un effet rétroactif, et opère « comme si le gage avait été fourni *ab initio* ». Non è un effetto retroattivo, poichè per qua-

(1) Qui pure s'intende, in quanto siano necessari, mentre alcuni di essi sono accidentali, come si osservò trattando intorno a quell'articolo.

(2) *Tamquam vinculum juris*, e non come materia.

(3) Una banca pubblica, che dietro deposito di sete ha fatto delle anticipazioni acquista su di quelle un diritto di pegno. Ove separatamente, ammette a sconto effetti cambiari, non ottiene privilegio sul valore di questi (Corte di Torino, 31 gennaio 1859. BETTINI, tom. XI, part. II, pag. 106).

(4) DALLOZ, 1845, t. I, pag. 242.

lunque sforzo della mente non si può fingere che nel tempo passato esistesse un vincolo reale. Ma egli è piuttosto che all'atto della consegna della merce il vincolo si crea; e ricopre il possessore coll'egida del privilegio contro ogni futura opposizione.

653. Le quali osservazioni bastano a risolvere il dubbio proposto. Avvertite però che in quella ipotesi i pagamenti erano stati fatti *sulla promessa di pegno futuro*. Più grave potrebbe sembrare la istanza seguente: se le sovvenzioni, i pagamenti, le esposizioni non essendo stati in origine che un credito verso la persona, possano in seguito diventare privilegiati in forza di spedizione avente lo scopo di guarentire con pegno i debiti già formati (1).

Fra questa specie e la precedente corre una differenza, che non è di poco conto come potrebbe credersi. Nella prima, il credito si era formato *in contemplazione della promessa del pegno;* il secondo credito ebbe fiducia nella persona, niuna promessa essendosi fatta per causa di garanzia. Si dirà che in quella un rapporto, almeno ideale, esiste fra il credito e la materia; niuno nell'altra specie: è un credito che cangia natura: di personale diventa reale, via facendo.

Noi abbiamo portato qualche riflesso al principio del n° 256 sopra questa circostanza di fatto, parlando dei commissionari. Per noi l'articolo 73 scioglie il dubbio, se i crediti nati prima della costituzione del pegno vengano ad essere garantiti con privilegio in forza di una tradizione posteriore. L'articolo 73 lo concede qualora eziandio la spedizione non sia stata *che promessa*. Siamo d'accordo che la merce promessa dev'essere in seguito spedita; e quando sorge la controversia del privilegio di fronte al terzo, il commissionario abbia già avuto il possesso in uno di quei modi indicati nel seguito dell'articolo. Ma il commissionario, facendo le spese, doveva aver in animo la promessa, aver prestato fede alla promessa, e non alla persona *simpliciter* in quanto, prescindendo dalla vista di ogni garanzia, si fidasse nella solvibilità personale. La ragione di questa differenza, che può sembrar sottile, ed è pur vera, consiste appunto in ciò, che il credito deve sin dall'origine essere *reale*, non *personale;* onde, per esprimere in altri termini il concetto, non si dica che anche senza garanzia il commissionario avrebbe anticipato.

Questa ragione, e prego di notarlo bene, vale e si adduce a favore del commissionario, il quale non ha bisogno di provvedersi colla forma determinata dall'articolo 188 per quei motivi d'interesse generale che più volte abbiamo avvisati. Quindi se il committente fosse fallito, e i creditori di lui invadessero le mercanzie di sua pertinenza detenute dal commissionario, questi non potrebbe farsi forte del privilegio se non dimostrando che prima dei pagamenti gli era stata fatta la promessa del pegno.

Ora scendiamo al comune dei pignoratari; abbandoniamo la posizione speciale del commissionario (2). Allora è d'uopo uniformarsi al disposto dell'articolo 188, ma per compenso abbiamo un còmpito più facile. Quando il debitore, mediante uno scritto, dimostrabile per la sua data, dichiarò di costituire il pegno, e seguì l'effetto della tradizione, più non rileva se i crediti che ha inteso di guarentire abbiano origine anteriore o siano da formarsi, purchè contemplati (3), fossero anteriori, se fossero eseguiti per la fiducia della persona o per causa della garanzia reale. Il debitore esercita una sua legittima facoltà, disponendo in tal modo delle cose sue; e purchè lo faccia in tempo non colpito dalle suspicioni della legge, la convenzione è irrefragabile: così ritornando nella conclusione del numero precedente.

(1) Che può avvenire in due modi: *a)* In riconoscimento ed a garanzia delle lire 25,000 che mi avete garantite d'avallo, vi spedisco balle di cotone n°..... come da fattura, che riterrete nei vostri magazzini sino alla scadenza, e in qualunque caso serviranno a rimborsarvi dei pagamenti che foste per fare, il che spero non avrà luogo; *b)* Per rimborsarvi della somma di lire 25,000 che vi debbo, vi spedisco balle di cotone n°..... peso..... come da fattura, autorizzandovi a venderle all'effetto del suddetto rimborso; e accreditandomi il di più. Anche in questo secondo caso esiste la *pignoris causa;* mentre la facoltà di vendere per rimborsarsi implica quella di ritenere, ed essendo prefisso l'oggetto della vendita, trasporta il privilegio sul prezzo.

(2) Si è detto più volte che sono posizioni diverse. Fa ufficio di commissionario quel commerciante « che fa atti di commercio .... per ordine e « conto di un committente, mediante salario o « provvisione ». Così l'articolo 68. Se un commerciante, senz'assumere tale qualità, ha formato dei crediti verso il suo corrispondente, è nella condizione di tutti coloro che, per acquistare il pegno, devono osservare il precetto dell'articolo 188.

(3) La costituzione del pegno contempla i crediti che, al loro verificarsi, saranno compresi nella guarentigia, e saranno privilegiati sulla materia pignorata; crediti d'altra maniera non vi sarebbero compresi.

Digitized by Google

654. Si è osservato più volte che il creditore pignoratizio allora si dice avere il possesso quando la cosa è messa a sua disposizione (n° 650), ossia quando egli ne ha la disponibilità. « Poichè il possesso fu concepito, dice « SAVIGNY, come disponibilità fisica, riferita « alla convinzione della medesima, così per « ogni acquisto erano necessarie due cose; un « fatto e rapporto fisico e l'animo » (1). Ma l'idea *della disponibilità* può di leggieri fare illusione nel possesso del pegno. Anzi se non è chiarito il vario concetto che si cela sotto quella dizione, potrebbe apparire qualcosa di contraddicente, insegnando l'articolo 1884 del Codice civile, *che il creditore non può disporre del pegno*, neppure per non effettuato pagamento.

Veramente la disponibilità, fondamento della nozione del possesso, *è la disponibilità fisica*. Finchè non possa a piacer mio usare, ed anche abusare della cosa, essa non è nel mio fisico potere; e come non potrei abusarne, facendola in pezzi in un accesso di capriccio furioso, così non potrei usarne giuridicamente; e questa considerazione comincia a riconciliare *la disponibilità del possessore colla indisponibilità del pignoratario*.

Il potere fisico di abusare esiste, o può esistere sì nel proprietario, possidente, che in chi possiede senza essere proprietario. È in questo senso che si parla della disponibilità; la indisponibilità invece è *una idea morale e giuridica*. Posso disporre per la forza; non posso per diritto. Posso vendere il vino che ritengo a pegno, e il compratore di buona fede lo fa suo. O posso rompere i tini e disperderlo; ma io mi carico di responsabilità, faccio un atto ingiusto, condannato dalla legge e dalla mia posizione di pignoratario (2).

Noi adunque vogliamo un possesso coi caratteri giuridici suoi propri, e quindi con intenzione e coscienza; non ne permettiamo l'abuso. Gli articoli che vengono appresso, insegnando al creditore pignoratizio la via che deve seguire nel difetto del debitore, sono la barriera dell'abuso. Non ci sarebbe altro a dire; ma rammentiamo che, discorrendo la materia del pegno, abbiamo toccato ad una che, per la sua singolarità, ed anche per la sua frequenza nelle transazioni commerciali, vuol essere riveduta sotto questo aspetto.

Al n° 646 si è dato un cenno del pegno *di titoli ed effetti al portatore* (3). La legge, come pure abbiamo osservato, non si occupò della formola del trasporto. Che mai doveva dire? Una materia che sfugge sotto la mano dev'esser regolata dalla convenzione. Deve constare che i titoli al portatore, comunque per loro natura liberissimi, sono improntati d'indisponibilità per esser soggetto di pegno. Una scrittura che li descrive, dichiarando la obbligazione che gli accompagna nella loro trasmissione al creditore; nulla di meglio, e allora siamo nei precisi termini dell'articolo 188. O se ne faccia la girata. Vero è che l'art. 189 non parla che *di effetti all'ordine;* ed è anche vero che non ha voluto prescriver regola al trasporto dei titoli al portatore per una causa qualunque. Nulla però esclude di ciò che vale a mettere in aperto la volontà delle parti. La girata del titolo *per garanzia*, come il deposito del titolo per garanzia, è la espressione del vincolo che ne arresta il volo e, per così dire, la fuga; può estendere la sua impressione nei terzi che acquistassero il titolo in tal guisa evirato, qualora la causa del possesso fosse enunciata sulla carta stessa. In ogni caso fa che il creditore sia responsabile della dispersione degli effetti girabili o non girabili a lui rimessi per causa di pegno.

I magistrati giudiziari hanno dovuto occuparsi della indisponibilità dei titoli al portatore in quel caso; così in termini una sentenza della Corte di Parigi del 22 gennaio 1864 (DALLOZ, *Recueil*, detto anno, pag. 23). Più celebre fu la causa del banchiere Mirès.

Mirès era gerente di uno stabilimento di credito che si era annunciato per far anticipazioni in conto corrente o su depositi e pegni di valore al portatore. Aggiungevasi nel bando la riserva a favore dei titolari, ch'essi potrebbero ritirare alla scadenza i *coupons* per realizzarli.

Il gerente in un bel giorno d'alto corso fa vendere alla borsa un'ingente quantità di titoli al portatore rimessigli dai clienti: più tardi simula di averli venduti al basso e a gran perdita, e ne informa i clienti con circolare. Quo.

(1) *Del diritto del possesso*, sez. III, § 30, traduzione del prof. CONTICINI.

(2) Lo stesso si dirà del depositario del comodatario e di tutti coloro che ritengono precariamente, con fede di conservazione e di restituzione della cosa altrui.

(3) Ha carattere *di effetto al portatore* la distinta e ricevuta di titoli e azioni industriali depositate a pegno, che una pubblica banca di credito rilasci ai deponenti (Corte di Torino, 11 febbraio 1856. BETTINI, tom. VIII, part. II, pag. 215).

Digitized by Google

sto fatto produsse uno di quei processi che oggidì vanno attorno colle tavole illustrative. Mirès fu attaccato di scroccheria. Condannato, ricorse in Cassazione, e l'eloquente suo difensore, Crémieux, cercava rifugio in una teoria del diritto commerciale, lasciando da parte la dolosa manovra di cui Mirès era accusato. Partiva dalla idea che il conto corrente è un complesso di prestiti reciproci; che ognuna delle parti diventa proprietaria e ha la piena disponibilità dei valori ricevuti e notati in debito; che Mirès non aveva fatto che servirsi del suo diritto; che se non sussistesse l'asserto del prezzo ricavato da quei titoli, e fosse invece molto maggiore, egli ne renderebbe conto e darebbe le convenienti indennità ai corrispondenti; ma non si parlasse di delitto: Mirès non aveva commesso delitto (1).

A noi non importa punto di sapere nè se Mirès fosse un colpevole come fu giudicato, e neppure quale fosse la natura del contratto che si diceva violato. Ciò che a noi giova avvertire si è questo, che si faceva studio di convertire un contratto di pegno in quello del tutto diverso di conto corrente. Di questo specialmente discorrendo (num. 343 a num. 348), fu riconosciuta in principio la teoria dell'avvocato del Mirès: ma la Corte suprema ritenne il deposito o pegno. Anche gli effetti civili pertanto diversificavano. L'alterazione del conto corrente, la supposizione di somme riscosse non conformi al vero, avrebbe condotto alle conseguenze ammesse dal Crémieux, di dovere indennizzare i corrispondenti della differenza del ricavato. Ma se trattavasi di pegno, oltrechè il fatto era più aggravante anche in ordine alla penalità, avrebbesi dovuto non soltanto indennizzare la differenza (che supponeva la facoltà di disporre) ma il *maximum* importare dei titoli dei quali si era abusato.

L'interesse della causa e del tema ci permetta osservarne la seconda fase.

La questione civile portata alla Corte di Parigi fu decisa nel 22 gennaio 1864 (Dalloz, 1864, t. II, pag. 26).

Il contratto fu ritenuto di pegno, e la indisponibilità del pegno venne anche una volta affermata (2).

Sono notevoli nel rispetto dei titoli al portatore le massime accertate dalla Corte in quella occasione. La difesa di Mirès faceva riflettere, che la casa non riceveva che dei titoli al portatore, la conversione in titoli nominativi era stipulata. Argomento che avrebbe la sua forza, soggiunge la Corte, « dans le cas « où il s'agirait d'examiner s'il est intervenu « un acte de dépôt proprement dit, lequel « prohibe absolument tout aliénation de la « chose déposée; mais qu'il est sans valeur « quand il s'agit d'un nantissement, ce dernier « contrat entraînant par sa nature des chances « de liquidation forcée pour lesquelles un titre « nominatif présente des difficultés, tandis « qu'un titre au porteur s'y preste sans ob« stacle ».

I titoli deposti non erano contrassegnati da numero; non ritenevano identità; erano disponibili. Sta bene, diceva la Corte di Parigi, ciò era osservabile nella questione penale quando si disputava della buona fede e del leale operato del Mirès. Ma sotto il punto di vista civile (proseguirò colle parole testuali della sentenza) « la spécification des titres est sans « gravité; que pour des valeurs absolument « identiques, les impronteurs n'avaient aucun « intérêt à ce que leur dépôt leur fût maté« riellement restitué ». Si comportava facilmente al Mirès di trovare nella sua cassa delle azioni della medesima natura; ma il malanno si era che non ne aveva di nessuna sorta.

—

655. *Suppegno.*

Il creditore pignoratizio può impegnare ad un terzo la cosa datagli in pegno? Questo rapporto, che con nome adottato comunemente chiamiamo *suppegno* (sub-pignus), non ha un'espressione nei nostri Codici malgrado il lodevole esempio che qualche altra legislazione ci avea fornito (3). Sembrerebbe opporsi l'articolo 1884 e la teoria che siamo venuti

(1) La Corte di cassazione francese nel 28 gennaio 1862 rigettò la domanda e il ricorso (Dalloz, *Recueil*, anno suddetto, tom. I, pag. 505.

(2) Ecco il brano della decisione: « Que le fait « d'un depôt de valeurs dans les mains d'un prê« teur d'argent, pour sûreté de remboursement de « la valeur prêtée, *constitue le nantissement, et ne « peut constituer autre chose entre les deux parties;* « qu'il est de la nature d'une telle convention « que le prêteur ne puis ne puisse disposer de gage « que sous certes conditions, et qu'il soit obligé « de conserver en ses mains jusque à liquidation « régulière ».

(3) L'articolo 454 del Codice civile austriaco ne ha la disposizione specifica. « Il detentore « del pegno, in quanto egli vi ha diritto, può ulte« riormente impegnare ad un terzo la cosa da« tagli in pegno, ed in tale riguardo essa diventa « un suppegno qualora il terzo nel tempo stesso « se la faccia consegnare o faccia iscrivere nel

Digitized by Google

svolgendo della indisponibilità del pegno, in mano al creditore, sino alla scadenza del debito e alla mora del debitore. Quell'articolo però non è nuovo. Esso è la copia fedele dell'articolo 2078 del Codice Napoleone, e nonostante nè glossografo nè tribunale ha mai dubitato, che il creditore possidente il pegno, non possa allo stesso titolo di pegno trasmetterlo ad altri. Il Codice austriaco ha qualcosa di più stringente nell'articolo 459, ove dice: « Senza il consenso di quello che « ha dato il pegno, non è permesso al credi- « tore di usarne ». Eppure non ha creduto di mettersi in contraddizione coll'articolo 454 che ho di sopra citato.

Portando la debita attenzione sull'art. 1884, di leggieri si scorge ciò che vi ha in esso di più speciale e diretto; è la negazione e la condanna del patto commissorio. La sua sintesi, il suo costrutto, è nel capoverso che slancia la sua giusta riprovazione sul patto commissorio. Chi si affaccia ai migliori commentatori, quali il Troplong, il Toullier, il Marcadé, vede il loro discorso aggirarsi intorno alla proibizione che è fatta al creditore di non abusare del pegno, di non impadronirsene a pretesto che il debitore abbia mancato al pagamento.

Se la nostra legge non autorizza espressamente la surrogazione del pegno mobile, riconosce la facoltà di surrogare nella iscrizione ipotecaria, o, come si esprime l'articolo 1994, nel *pegno iscritto* (1). Il nostro tema c'impone di arrestarci alla teoria del pegno mobile, ed anche di non esaminarla che sotto alcuni rapporti; ma il principio non è forse lo stesso? Se per la natura del suo diritto il creditore pignoratizio non può del pegno che possiede crearne un altro a proprio profitto, perchè sarebbe la facoltà accordata nel pegno ipotecario? Non è forse identico il rapporto giuridico per quanto sia diversa la forma? Vi ha alcun che di decisivo e di sostanzialmente diverso sotto questo aspetto della varietà della forma?

L'argomento è interessante, e noi poniamo intanto il nostro teorema, al quale daremo congruo svolgimento.

La indisponibilità della materia ceduta a pegno convenzionale è vera in principio, non però *assoluta* ma *relativa*. Tale cioè che non abbia a recar pregiudizio al debitore, senza togliere al creditore di poterne usare *nei limiti del proprio diritto*. Il diritto è facoltà; e si direbbe vita, movimento, azione. Quindi ogni diritto, più o meno esteso, contiene un grado di libertà o di arbitrio. Il creditore pignoratizio, aspettando il giorno del pagamento, ha ricevuto ad accessorio del credito, e per sicurezza, qualcosa che è entrato nel suo patrimonio: è il pegno. Tutto ciò che è nel nostro patrimonio vale un'attività per noi; l'usarne è un diritto nei limiti, ripetiamolo, nei quali lo stesso diritto si circoscrive.

Giustamente la legge del pegno stabilisce il privilegio del pignoratario sul fondamento del possesso, considerando però il possesso colla sua causa giuridica che è il primo mobile (se mi è permesso di dir così), e insieme la misura di espansione del possesso medesimo. Anche il depositario ha il possesso, ma la permanenza del deposito nella cassa e la sua inamovibilità locale è un dovere del depositario. Il comodatario ha un possesso d'uso personale e intransitivo: la causa giuridica del suo possesso gl'impone questo limite. È di una natura che si direbbe quasi mezzana e fra le due, la possessione del pegno nel creditore; un genere proprio infine che attribuisce facoltà maggiori, e così dev'essere. Nelle due prime specie di possesso non havvi un'attività patrimoniale di alcuna sorta (2). Altro è nel pegno. Se il mio debitore ha iscritta a suo favore un'ipoteca (torno a questa qualità di pegno per far meglio sentire la forza del discorso), e s'egli cede a me per titolo di subingresso o suppegno la stessa ipoteca che viene trasportata nel mio nome, io ho in questo pegno un'attività reale ed evidente (3). E perchè non potrò cedere a mia volta questa situazione giuridica, e i vantaggi che le sono annessi, ad altro mio creditore? E così colui al quale fu ceduto per garanzia un effetto commerciale, perchè non potrà valersene per provvedere a un debito proprio a favore di un suo creditore? Quante volte un commerciante non potendo riscuotere i suoi crediti, costretto a dare lunghe dilazioni al debitore e conten-

« pubblici libri il suppegno sul diritto di pegno « già esistente ».

I due articoli seguenti stabiliscono le altre forme di questa combinazione, e come si conchiuda.

(1) « Il cessionario, la persona surrogata o il « *creditore che ha in pegno il credito iscritto*, può « far annotare in margine o in calce dell'iscri- « zione presa dal suo autore la cessione, surro- « gazione od il pegno, consegnando al conserva- « tore l'atto relativo ».

(2) Il depositario è passivo; il comodatario non usa della cosa mobile che a servigio della persona.

(3) Cioè conoscibile.

Digitized by Google

tarsi della garanzia ch'esso gli offre, e per mancanza di danaro non potendo soddisfare i debiti propri, si troverà non aver altro mezzo che di sostituire in quelle medesime garanzie il suo creditore, che in conseguenza diventa il vero e finale creditore sul pegno! Possessore adunque di effetti commerciali, giratigli a titolo di garanzia, egli ne fa cessione ad un terzo; e purchè mantenga la stessa formola, o in qualunque modo faccia manifesta al terzo la ragione del suo possesso e gl'imponga obbligazioni corrispondenti (che in tal caso e senza dichiarazione espressa s'intendono assunte dal terzo), nulla vi ha in tutto questo che costituisca abuso del pegno.

Infine il *jus pignoris* è un diritto reale, e trasmissibile di mano in mano anche senza convenzione (1).

656. Viene la scadenza del debito, e il debitore, pagandolo, vuol ricuperare il pegno. Il pegno è passato in altre mani (2). A chi paga le somme da lui dovute? Al primo creditore, e così rimane sciolto col vincolo del pegno ogni altro vincolo della stessa natura che gli è stato sovrapposto? Ovvero è obbligato di pagare al secondo creditore, detentore attuale del pegno?

Un chiarissimo frammento di PAPINIANO, nella L. 40 *De pignorat. actione*, § ult., ammaestra che il debitore pagando il primo creditore, libera il pegno corporale eziandio dal vincolo di un secondo pegno; reliquia alcuna di diritto non rimanendo al secondo creditore (3). *Secundum pignus perit;* è l'espressione della glossa. Un rescritto di GORDIANO era in pari sentenza. Potersi il pegno obbligare allo stesso titolo, e l'*utilis actio* (4) concedersi al secondo creditore: *quamdiu in causa pignoris manet ei qui dedit.* Quindi la massima — *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.*

Secondo quei testi il debitore, pagando, scioglie anche il secondo pegno. Ma non vi si riscontra indicato a chi debba farsi il pagamento per ottenere quest'effetto; se al primo o al secondo creditore. Ora ci giovi rammentare un altro testo assai noto nella materia.

Nel frammento 13° del Dig. de pignoribus MARCIANO pone questi principii. Dato a pegno il pegno, rimanendo esso nel secondo creditore, dura fintantochè le somme sono dovute, sì al primo che al secondo creditore (utraque pecunia tenetur), al quale compete l'eccezione (della ritenzione) non meno che l'azione utile per essere soddisfatto. Se il debitore primo, il proprietario del pegno, paga il debito, cade il pegno, *pignus quoque perimitur* (e con esso il secondo e terzo pegno). Può nascere un dubbio in materia di pegno creditorio (non corporale), continua il testo. Che avviene se la somma è pagata al secondo creditore al quale il credito (nomen) è stato impegnato di seconda mano? Nessun inconveniente. Esatta che avrà la somma, il secondo creditore ne indennizzerà il primo, compensandone il debito.

Ma forse il *nomen* (il terzo) è debitore di un *corpus species*, anzichè di pecunia. Allora s'egli (5) adempie alla obbligazione e paga al secondo creditore, il *corpus*, la specie, resta quest'ultimo come pegno: *pignoris loco futurum apud secundum creditorem.*

A chi appartenga la proprietà del *corpus a nomine solutum*, il testo non dichiara, ma è facile l'intenderlo. Mettiamo in chiaro la situazione. *A.* è debitore pecuniario di *B.* al quale deve 20,000 lire. Ottiene una dilazione mediante una garanzia che consiste nell'assegnazione a titolo di pegno su cinque battelli a vapore, che sono intanto locati a *C.* Il primo creditore *B.* ha un debito verso *D.* di altrettanta somma (6), e gli cede il pegno ricevuto da *A.* Il locatario *C.*, che fu già a tempo diffidato, finita la locazione, consegna il naviglio a *D.* o a chi lo rappresenta. La proprietà del naviglio è sempre di *A.*, che la libera dal vincolo pagando l'originale suo debito. Le glosse e i repetenti così espongono quella parte della teoria cui il responso di MARCIANO non soddisfa interamente.

657. I principii che siamo venuti deducendo dalle sorgenti (7) ebbero dalle scuole e nel fòro una certa esplicazione, non tanta però che

(1) Questa ragione adduceva BALDO nella *Leg.* 1 Cod. si pignus pignori, a sostenere che il pegno non ad una sola persona può trasferirsi, ma a mille; ragione adottata dopo di lui dall'ALEXANDER e dal NEGUSANTIUS, *De pignor. par.*, t. II, mem. 5, num. 20.

(2) Più avanti faremo osservazioni particolari pei *mobili* di natura.

(3) « Itaque si medio tempore pignus creditor « pignori dederit, domino solvente pecuniam quam « debuit, secundi pignoris neque persecutio da- « bitur, neque retentio relinquetur ».

(4) *Utilis hypothecaria* o reale, competendo la *diretta* al primo creditore.

(5) *Nomen obligatum*, dice il testo

(6) Pongo questa ipotesi per semplificare la soluzione.

(7) Nessun altro testo romano ha quella concludenza che presentano i tre enunciati nel tema del *sub-pignus*.

non lasci agli scrittori moderni un certo campo ancora da coltivare.

Scendendo alle applicazioni, esse non possono essere guari diverse in ordine alle idee principali, ma convien fare delle distinzioni specialmente nella materia del pegno.

Parleremo prima del *pegno nominale*.

Chiamiamo così, a distinguerlo dal *corporale*, il pegno di crediti e di diritti (nominis) che, mancando di fisica realtà, si forma mediante la istaurazione di rapporti giuridici.

Questa specie di pegno può suddividersi in civile e commerciale. Non già perchè il pegno del credito costituito con forme analoghe a quelle dei pegni civili sia alieno dalle transazioni dei commercianti, ma perchè vi ha un pegno commerciale, strettamente detto, che non ha riscontro colle forme civili.

Il commerciante *A.* ha un credito che riteniamo di carattere commerciale verso il commerciante *B.* Gli ha vendute delle mercanzie a tempo; *B.* deve sborsare il prezzo di lire 20,000 alla fine di giugno. Siamo in gennaio. *A.* pressato dalle scadenze del fin di mese, chiede un prestito all'amico *C.*, a cui l'amicizia non basta e vuol essere assicurato. Si fa una scrittura qualunque, giusta l'articolo 188; *A.* cede quel credito in pegno a *C.* Questi qualche mese dopo si trova nello stesso bisogno, e ricevendo la stessa somma in prestito da *D.*, lo surroga nel pegno.

Per dissolvere il doppio vincolo che pesa sul suo credito, nel che può avere un interesse ben rilevante (1), che deve fare il debitore *A.*? Gli basta di soddisfare il suo debito a *C.*, onde aver libere le mani per riscattare il credito pignoratizio; ovvero dovrà intendersi col subpignoratario *D.*, e a lui pagare la somma per la quale tiene in sua ragione il suppegno?

Se il secondo creditore (*D.*) è in legittimo compossesso del pegno, il debitore è posto nella condizione di non poter sciogliere il vincolo se non col consenso dello stesso creditore, o col soddisfacimento del credito di lui. E quando si dirà il secondo creditore essere in possesso? Quando avrà denunciato al debitore assegnato il proprio diritto di pegno, e lo avrà diffidato a non pagare; o a pagare, giunta la scadenza, ad esso creditore intimante (2). La denuncia è la perfezione del pegno creditorio (3). Ma non si dovrà altresì notificare il suppegno al proprietario del credito, cioè al primo debitore? La nostra legge (articolo 1881 del Codice civile) non impone notifica fuorchè al debitore assegnato, e realmente alla perfezione del pegno o suppegno altro non si desidera. Il debitore del debitore ne rimane vincolato; e pagando ad altri, il pagamento non è liberatorio. Contuttociò per essere esatti, per evitare ogni inconveniente, la convenzione sarà a notificarsi eziandio al proprietario e datore del pegno (4). Che ne avverrebbe altrimenti? Il debitore, ignaro del nuovo vincolo apposto al creditore, in buona fede paga in mano sua il proprio debito; si ritiene svincolato, ma quando dice al debitore pignoratizio, pagatemi, gli si affaccia il sequestro (5) che il creditore del creditore aveva praticato; e gli tocca di ripetere ciò che ha malamente pagato al suo creditore diretto.

Osserviamo il suppegno commerciale, che cioè si costituisce di effetti di commercio, concessi in garanzia, e che successivamente passarono allo stesso titolo in altre mani.

La formalità per costituire il pegno è molto semplice (articolo 189), e si divide dalle più onerose del pegno civile. Tuttavia quelle comunicazioni che sono necessarie perchè il debitore assegnato conosca a cui debba pagare, e il datore del pegno sappia da chi ritirare le sue carte facendo il pagamento al quale è tenuto, sarebbero forse dispensate quando si tratta di effetti di commercio?

Converrà distinguere fra gli effetti di commercio, propriamente tali e negoziabili all'ordine, che non sono iscritti in verun libro pubblico, *dalle azioni, obbligazioni, titoli nominativi di società industriali, il cui trapasso si fa*

(1) Supponiamo che il credito dato in pegno fosse di 300, mentre il debito non era che di 200. Il pegno da redimersi può consistere in una massa di cambiali che urge il rimettere in circolazione, ecc.

(2) Vedi il seguente articolo 191.

(3) Anche in questo ci precede la gran glossa. Si paga bene al primo creditore *nisi jam ei* (al debitore assegnato) *erat denunciatum ne solveretur* (ad Leg. 13, § *Cum pignori*, Dig. de pignor), e si trae anche dalle fonti seguenti: *Leg. nomen quoque Cod. quæ res pign. obligati poss. et Cod. de novat. et de legatis 3°*.

(4) Così infatti dispone il § 455 del Codice civile austriaco: « Se al proprietario viene notificato « il suppegno, non può pagare al suo creditore il « debito se non col consenso del terzo a cui la cosa « fu ulteriormente impegnata, o deve farne deposito presso il giudice, senza di che la cosa impegnata *rimane obbligata a favore di quello a cui « fu impegnata ulteriormente* ». Vedi i commenti di ELLINGER e BASEVI al detto paragrafo.

(5) In largo senso all'effetto della inibizione.

Digitized by Google

nei libri della società (suddetto articolo 189, parte II). Quanto ai primi, non essendo possibile raggiungere il possessore se costui non si appalesi, converrà che almeno il passaggio che si viene facendo sia notificato al debitore primitivo che diede l'effetto a garanzia del proprio debito, e che altri ed altri vengono acquistando mediante facili girate. Il debitore non sarebbe mai in mora non conoscendo il proprio creditore; e se il primo creditore non può restituire gli effetti impegnati, non avrebbe diritto al pagamento, ma tutt'al più che si facesse deposito della somma. E poichè dei suoi aventi giratari o aventi causa lo stesso primo creditore dovrebbe rispondere (1), egli sarebbe tenuto ad ogni conseguenza di danni e interessi se il debitore che gli offre il danaro non potesse ad un tempo ricuperare i suoi titoli.

Non credo che tale notificazione sia obbligo di fare al debitore dell'effetto commerciale; per la semplice ragione che le girate non si partecipano in un modo qualunque agli obbligati o coobbligati della cambiale, e simili; l'accettante o debitore principale sa il giorno della scadenza, e paga nel luogo convenuto o alla presentazione della cambiale, o al risveglio del protesto.

Per quanto spetta alle *azioni*, *obbligazioni*, ecc., che secondo il disposto della parte II dell'articolo 189 sono nel loro trapasso soggette alla formalità della *registrazione nei libri della società*, l'annotamento del secondo pegno rende a tutti manifesta l'affezione del credito, e il debitore originario, non meno degli altri, può leggervi il nome del possessore attuale, e prendere la direzione che reputa migliore per redimere col pagamento il pegno.

658. Da tutto ciò si scorge evidente, che il creditore pignoratizio non può dirsi abusare del pegno, standosi nella sfera di quell'esercizio in cui si misura il suo diritto. La disposizione non può eccedere la facoltà: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet.* Quindi l'impegno non superare il credito; trasportare la garanzia, non alienare. Eppure in questo medesimo esercizio, comunque legittimo, e prescindendo dalla mala fede, può riscontrarsi se non l'abuso, la spensieratezza, l'imprudenza, e corrersi gravi responsabilità.

Un principio inoltre è da stabilirsi; se il creditore pignoratizio sia responsabile del fatto dei suppignoranti in ordine alla restituzione degli effetti commerciali e altri documenti del credito pignorato (2).

È un corollario che emana da quella *logica del diritto* che non è altro che la ragione giuridica considerata nelle sue deduzioni legittime e necessarie. Le obbligazioni personali *inhærent ossibus*, come suol dirsi; noi abbiamo un bel spogliarci delle facoltà che vi sono connesse, ma quell'obbligo è là precisamente come un'affezione organica che ci persegue sempre e dovunque. Il diritto se ne va; l'obbligazione resta. Noi possiamo variare le specie e i casi, ma dovremo arrivare alla stessa conclusione. Qui si ha un creditore di pecunia, debitore della restituzione di cose affidate alla sua custodia, delle quali non può fare che un uso limitato. Noi gli diciamo, puoi valerti della facoltà a tuo proprio profitto, ma se porrai il debitore in condizione ch'egli non possa redimere prontamente e completamente il pegno, risponderai delle conseguenze. A parte per un momento la combinazione del pegno, prendiamene un'altra. Tizio ha ricevuto da Caio *una cosa* in corrispettivo o per conseguenza della quale si assume obblighi personali. Per grazia d'esempio, un fondaco di mercanzie di un dato valore col peso di pagare al cedente una pensione vitalizia. Caio vende le mercanzie; incarica o non incarica dell'onere il compratore: ma l'onere è sempre suo verso il primo venditore. Da questi postulati così semplici e noti presto si viene all'applicazione.

Il primo creditore accettando il pegno, si trovò in una posizione mista di diritti e di obbligazioni. Il pegno gli valse a sicurezza ed eziandio ad estensione di comodità e riparo ai debiti propri. Ma l'obbligo di conservarne la materia e di restituirla impregiudicata e intera corrisponde al diritto: ne costituisce il limite (3). Quest'obbligo si trasmette e non si depone; non si scuote da sè. Il proprietario offerente il pagamento del debito ha tuttavia delle azioni che diremo utili contro i giratari e possessori degli effetti commerciali *improntati che siano del carattere della garanzia.*

Fermiamoci qui un momento. Se l'effetto commerciale non esprime il vincolo, non leggendosi sulla stessa carta la condizione apposta alla girata, mentre il pegno è bensì pattuito ma con documento separato, quale azione potrà mai spettare al proprietario del pegno contro il terzo? Sarebbe allora necessario provare la mala fede del giratario in quanto aveva

(1) Per non avere ad essi imposta questa condizione.

(2) Di sopra se ne diede un fuggevole cenno.

(3) Vedi anche l'articolo 1883 del Codice civile.

specifica scienza che quella carta era ritenuta dal girante a semplice garanzia. Ma se l'effetto commerciale presenta l'origine e la causa del possesso di esso girante, quella caratteristica indelebile fisserà la mala fede di tutti gli acquisitori che venissero in seguito. Benchè codesti acquisitori non abbiano contrattato che mediatamente col proprietario della cambiale, non contrassero meno un obbligo personale verso di lui acquistando a quelle condizioni. Ed io poi sono nel credere, che nemmeno una girata pura e semplice fatta all'ultimo possessore, o ai possessori intermedi, varrebbe a cambiare la situazione giuridica delle parti, a costituire in buona fede il terzo, che ben sapeva quali erano i diritti di cui l'autor suo poteva disporre.

Il proprietario del pegno ha dunque azione contro il terzo possessore di mala fede per ricuperare i documenti del pegno. È una facoltà: può non esercitarla; se gli talenta di escutere piuttosto il suo creditore immediato, è pure una sua facoltà: e costui in verun caso potrà aver rifugio nella buona fede, come potrebbero talvolta gli acquisitori successivi.

Non importa neppure l'accennare che, se il terzo per assicurare a sè il pagamento notificò l'acquisto del pegno al primo debitore e proprietario, avrà con ciò fatta la più aperta confessione di possedere l'effetto commerciale pignorato, e di doverlo, verso l'offerta reale del pagamento, restituire.

659. Il tema per se stesso interessante lo diventa ancor più per la maggior frequenza dei casi quando si tratta di commissionari che investiti del pegno legale cedono ad altri il loro diritto.

Il commissionario che non ha mezzi per fare le spese alle quali nei suoi rapporti verso il committente è tenuto, suol ricorrere a prestiti e dare in pegno le merci speditegli; che vale a rigor di termini un suppegno, o secondo pegno. Ma può egli farlo? ha egli potestà di trasmettere ad altri con effetto il privilegio suo proprio?

Io non posso a meno di riferire una specie tolta dal DALLOZ e riprodotta da TROPLONG (1), porgendomi occasione di esporre qualche idea opportuna sull'argomento.

La compagnia *A.*, di Havre, proponeva a *B.*, di Parigi, volesse accettare per intervento certe tratte di un terzo; e per garanzia accompagna una polizza di carico nominativa che prova l'imbarco e la spedizione di un carico di zucchero diretto alla stessa casa *A.*, ad Havre. La proposta è tenuta, e *B.*, nel giorno seguente, accetta le tratte. Indi *B.* trasferisce la polizza di carico, benchè semplicemente nominativa, a *M.*, commerciante nella detta città. Viaggiando ancora la merce, fallisce la casa *A.* Qualche tempo dopo la mercanzia arriva ad Havre, ed è ritirata da *M.*, possessore della polizza di carico.

I sindaci mandarono inibizione ad *M.*, e fu giudicato che i sindaci avevano ragione contro la pretesa di *M.* di avere acquistato privilegio su quelle merci (2).

I privilegi non devono estendersi, cominciava dal dire la Corte giudicante. Nè *B.*, nè *M.* godevano del privilegio di commissionari, secondo l'articolo 93 del Codice di commercio (francese), poichè le merci non erano state spedite a Parigi, invece la polizza di carico indicava sarebbero sbarcate ad Havre, al domicilio di *A.*

La Corte si arrestava alquanto sulla forma della polizza, ma poi concludeva che neppur *l'ordine* avrebbe investito il giratario, che non sarebbe che il mandatario del proprietario, di un privilegio che non esisteva; avere bensì il commissionario, in virtù dell'indicato art. 93, facoltà di vendere per conto del committente; ma il privilegio comincia ad esistere allora soltanto che *il committente abbia fatto al mandatario direttamente la spedizione delle cose enunciate nella lettera di vettura a quest'ultimo inviata o girata.*

Bene a proposito osserva TROPLONG, che la questione non vertiva sul privilegio ceduto e sul secondo pegno, ma sulla esistenza del privilegio. Per conto mio trovo che la considerazione principale della sentenza è molto cattiva, e, censurandola, noto un principio.

La spedizione della merce, si dice, era diretta a Parigi, domicilio del commissionario *B.* Io ammetto che la spedizione deve prendere la direzione del commissionario, non essere stornata e guidata in altro senso. La ragione è di quelle sottili che s'incontrano sempre nelle controversie possessorie, e sono nondimeno solide e sicure. Chi è in possesso della lettera di vettura, è in possesso della merce in spedizione; è una idea che si collega con due fatti coesistenti. Merce viaggiante alla mia direzione, quasi aspirante al mio amplesso; e già come unita alla mia persona per lo prestigio della disponibilità che mi attribuisce la let-

(1) DALLOZ, *Recueil*, 1826, tom. I, p. 344; TROPLONG, *Nantissement*, num. 252.

(2) Corte di Rouen, 25 marzo 1825. Respinto il ricorso dalla Cassazione franc. nel 28 giugno 1826.

Digitized by Google

tera di vetturao polizza di carico, che è l'altro dato. Il primo mobile di quella spedizione in corso è senza dubbio il committente; non è precisamente necessario che duri la sua volontà primitiva (Vedi il nostro num. 649), poichè il pentimento non gli varrebbe tosto che la polizza è venuta a mia mano, bensì è necessario che il movimento continui verso il fine a cui tende, non sia forzato verso un altro scopo, e finalmente non cessi per una causa qualunque, sicchè non possa più riprendersi e la spedizione svanisca. Se il committente, contro la data fede, fa retrocedere la nave che corre verso Genova, terra del commissionario, e la nave risospinta a Marsiglia ivi è oggetto di altre contrattazioni, il possesso ancora metafisico, per così dire, del commissionario e che aspettava di compiersi nel fatto dell'arrivo delle merci al porto destinato, quel possesso si disperde, si interrompe, cessa.

Era questo il caso deciso dalla Corte di Rouen? La spedizione era rivolta e doveva di fatti approdare ad Havre ove abitava il committente, e non trasportarsi a Parigi, domicilio del commissionario. Ma questo che importa? L'articolo 93 francese, non diverso dal 73 italiano, parla della *spedizione che fu fatta al commissionario in relazione alla lettera di vettura già da lui ricevuta:* non dice se al luogo del domicilio del commissionario, e se la spedizione non possa esser diretta sopra un altro punto, fosse pure in luogo di relazione del committente medesimo (1). Non è raro che mentre una casa commerciale aspetta un carico viaggiante, si trovi in condizione di dover far negozio su quella merce, mutuando danari da un terzo incaricato anche di vendere, e fa intanto delle anticipazioni, assume di prestare le spese di scarico, di dogana, di magazzinaggio, ecc. Con simili fatti la casa suddetta afferma il proprio possesso, ma prescindendo da tutto questo, basta che la nave non sia forzatamente travolta dalla sua direzione, e se continua il suo corso con intelligenza e scienza preventiva del commissionario, altro non si ricerca. La lettera di vettura lo avverte in qual luogo arriverà la merce, e qualunque sia, ad una certa portata s'intende dello stesso commissionario, rimanendo a sua disposizione, egli la ritira o la fa ritirare per mezzo dei suoi incaricati.

Nella specie il signor *B.* aveva ricevuta, accettata e, quanto era da lui, mandata ad esecuzione la polizza di carico, o lettera di vettura. Aveva dato ordini opportuni al signor *M.*, girandogli la polizza; la merce arriva, ed *M.* la trasporta nei suoi magazzini.

Giova che fissiamo questo punto della teoria del commissionario. La Corte di Rouen, che meritò l'approvazione della Corte suprema, pose una massima contraria alla legge e funesta al commercio. I requisiti del pegno legale si avveravano nella posizione di *B.*, checchè fosse del diritto di privilegio del suo incaricato. Ma la Corte non volle riconoscerlo neppure nel primo e diretto commissionario; ed è qui il principal torto di quella decisione (2).

660. Riassumendo il quesito enunciato al principio del numero precedente:

Il quesito suppone acquisito e permanente il privilegio del commissionario; argomento per noi esaurito, specialmente se vogliasi ricorrere al largo commento dell'art. 73 e seg. *È forse intransitivo il privilegio?* È talmente personale che dal primo commissionario non possa ad altri trasferirsi?

L'estensione del movimento e della facoltà è reclamata dai grandi interessi del commercio; nè osta che per regola i privilegi non siano estensibili, come disse la sentenza di Rouen. Qui il privilegio non è che il mezzo per ottenere quell'effetto benefico al commercio; non si tratta di estenderlo oltre la propria natura, ma piuttosto di non restringere la legge e di ritirarla indietro dal suo spirito. Conviene logicamente ammettere che non essendovi ragione di personalizzare, mi permetto questa formula, l'operazione del prestito resa necessaria in circostanze ogni dì rinascenti in commercio, così non saprebbe negarsi il pegno legale ad altri che al commissionario diretto.

Sono però requisiti essenziali: 1° che il fatto del secondo commissionario sia, qual è per legge, abile all'acquisto del privilegio, e si eserciti in condizioni analoghe: 2° che il subcommissionario sia investito del possesso colla trasmissione della polizza di carico o lettera di vettura; 3° che la polizza *sia all'ordine* e girabile; 4° che le spese relative alle merci, o

(1) La direzione impressa dal primo movente continuando sulla linea divisata per arrivare al punto concordato nella polizza di carico, o non sospesa che per poco tempo, o momentaneamente sviata dalla marea, verifica e mantiene il rapporto possessorio.

(2) La polizza non era *all'ordine*, come si vide nell'esempio, ma nominativa: la forma però non ebbe influenza; la Corte avrebbe egualmente reietto il privilegio del sotto-commissionario, perchè, nel suo giudizio, mancava nel commissionario immediato.

i pagamenti richiesti dai bisogni del committente, siano stati effettuati.

Quanto al primo requisito non abbiamo che a richiamare l'articolo 73. Prestito reale, pecuniario sul pegno, in contemplazione di esso, ossia delle merci ed oggetti consegnati materialmente o virtualmente al commissionario.

Il secondo requisito è il possesso. La polizza di carico o lettera di vettura è il possesso del subcommissionario; e lo è, non per la tenuta materiale della carta, che potrebbe anco essere stata sottratta e ritenersi senza la volontà del primo. Lo è perchè il primo commissionario la trasferì volontariamente e scientemente al secondo onde fosse garantito delle sue somministrazioni.

Il terzo requisito tiene alla facoltà rappresentativa, al potere. Per trasferire il possesso delle mercanzie e sino a un certo grado l'esercizio del commissionariato, questa facoltà bisogna averla. È d'uopo che il subcommissionario agisca non solo nell'intenzione del commissionario, ma pur anco in quella dello speditore o proprietario. Lo spirito di lui, a così esprimermi, deve vivificare le operazioni del secondo agente come del primo, affinchè l'operante possa guadagnare la posizione giuridica riserbata al commissionario. Senza un tal vincolo e una tale relazione delle volontà, il secondo agente diventa puramente un mandatario del primo, che continua a ritenere in sè tutte le qualità di commissionario con tutte le sue prerogative. Egli che prende a prestito dei danari e li spende per le merci o in contemplazione di quelle, ottiene la posizione di privilegiato in conformità della legge, e resta debitore ordinario della restituzione verso il prestatore. Il secondo agente è il suo creditore personale. Perchè adunque segua l'effetto della trasmissione del privilegio, è d'uopo che la polizza di carico o lettera di vettura *sia stilata all'ordine*. Nominativa, limita l'incarico alla persona del commissionario diretto.

Il quarto requisito è dimostrato coll'enunciarlo. Qualunque sia l'intenzione del commissionario e l'animo del prestito dato e ricevuto, bisogna che la erogazione del danaro sia avvenuta a vantaggio effettivo del committente e in relazione al mandato.

Abbiamo fin qui chiamato il prestatore col nome di sottocommissionario, o secondo commissionario. Per altro può ben essere un terzo al quale questo nome non convenga; un terzo qualunque che ha fatte le sovvenzioni richieste dal commissionario, e alle suddivisate condizioni subentra nel pegno e nel privilegio.

È utile al dassezzo notare che, restando la materia in possesso del primo o del secondo commissionario, i prestiti anche successivi possono esserne coperti e comprendersi nel pegno, eziandio che di mano in mano si compensino nel conto corrente o in altro modo; e *di seguito si rinnovino e si ricominci un'altra serie;* la materia continua ad esservi affetta.

661. *Può il pegno trasferirsi da una materia ad un'altra, e con esso il privilegio?*

Cominciamo da un esempio. La casa *L.*, di Parigi, aveva somministrato a *D.*, commerciante di Dieppe, la somma di 40,000 franchi, a garanzia della quale il debitore aveva trasmessa alla casa *L.* una polizza di carico relativa a un determinato numero di barili di acquavite spediti sulla nave *Alessandro*.

Appresso, *D.* fece istanza alla casa *L.* perchè gli fosse acconsentito di trasportare la garanzia sul carico di altra nave (l'*Aglaé*) in corso verso Havre; e così fu convenuto. Rinviata la prima polizza, ne fu spedita un'altra che riguardava il carico dell'*Aglaé*.

La merce di questa seconda nave non era ancora arrivata in porto, quando *D.* mancò al credito. *S.* ed altri, venditori dei liquidi trasportati sull'*Aglaé*, posero sequestro sulla nave e spiegarono pretesa di rivendicazione. La casa *L.* sosteneva di avervi su un privilegio per la somma prestata a *D.* (1).

Quale fondamento avevano i venditori per negare il privilegio? Questo solo, che i pagamenti della casa *L.* erano stati fatti *in contemplazione delle mercanzie* che si trovavano sulla nave *Alessandro*, e non di quelle caricate sulle altre. Ogni cattivo sistema è riuscito almeno una volta avanti i tribunali; ed anche questo riuscì presso la Corte di Rouen (2).

TROPLONG respinge la massima che si volle con mal consiglio introdurre nel circolo della giurisprudenza; la sua sentenza è approvata dalla critica e dalla ragione giuridica.

Ho detto più d'una volta esponendo l'articolo 73 e i due seguenti, che il privilegio del commissionario avendo causa d'esistenza in principii suoi proprii, non vuolsi confondere col pegno che si forma ed ha la sua base nella convenzione. Sono lieto di trovarne la conferma nella dottrina di quel maestro, che è il TROPLONG: « On sait que lorsque c'est un

(1) TROPLONG, *Nantissement*, num. 241.
(2) 29 marzo 1838 (DEVILLENEUVE, anno 1839, part. II, pag. 84).

« commissionaire proprement dit en jeu, le « nantissement est plutôt implicite et tacite « que conventionnel; il résulte virtuellement « et sans convention de l'agissement principal; « la chose affectée par lui est celle qui fait « l'objet du contrat principal dont il est le « simple accéssoire » (n° 246).

Idee giustissime, onde io dedussi che il privilegio del commissionario è meno un favore alla sua posizione individuale, che un favore largito al commercio che ha bisogno d'interessare quegli organi utilissimi, quali sono i commissionari, onde esercitino alacremente il loro ufficio mondiale.

Si ha troppo torto di non misurare il pegno convenzionale alla stregua dei principii ad esso applicabili, quando è aperto che non si tratta più del pegno legale.

Il trasporto del pegno da nave a nave e da merce a merce non potrebbe certamente effettuarsi per la sola forza della volontà del commissionario, volontà che è necessario tener congiunta e quasi immedesimata all'oggetto materiale che si ebbe in vista nella formazione del credito: corrispondenza inscindibile per resistere agli attacchi dei terzi. Ma se mi date il pegno propriamente detto, ed esiste la convenzione, perchè la convenzione delle parti interessate non avrà l'efficacia di trasportare la garanzia da una cosa ad un'altra, egualmente suscettibile di pegno e di valore equivalente? *Eadem ratio*, *idem jus:* ben dice Troplong. L'idea fondamentale è la garanzia; fu data, fu accettata perchè non si voleva correr la fede dell'uomo. Che importa la materia? Se il creditore si contenta della sostituzione, chi avrà a ridire? Quale differenza potrà costituire nel rapporto di diritto la qualità della materia, *soggetto passivo* del pegno, concorrendo e restando ferme le condizioni che la legge esige alla validità di esso?

Si comprende bene che ciò deve farsi in lealtà e buona fede; che il cambio non avrebbe giuridica efficacia se la materia primitiva del pegno più non esistesse, o fosse uscita dalla disponibilità del pignoratario.

Su questi due aspetti della questione bisogna fare alcune osservazioni a complemento della teoria, rimasta imperfetta nella esposizione di Troplong.

È d'uopo richiamare i termini della ipotesi, essendochè ogni variare di circostanze, anco lievissima, può render diversa l'applicazione del diritto. Essa suppone: 1° il pegno costituito; 2° il possesso mediante la consegna della polizza di carico; 3° le merci non in presenza, ma esistenti; 4° la persistenza della volontà intermedia; 5° lo scambio del pegno avvenuto nel reciproco interesse e nel buon accordo delle due parti, lealmente, e senza scopo di ostilità o d'inganno verso altri.

Poco diremo di questo ultimo emergente, impossibile a prevedersi nelle sue circostanze, e sempre in dominio del fatto. Facciamo un solo caso. Il debitore che diede a garanzia un cumulo di merci che ritiene ad Ancona, si sente minacciato di sequestro da un creditore di Firenze sulle mercanzie esistenti in quei magazzini. Per liberarsi dalla molestia si compone col creditore del pegno e fa apparire lo scambio: voi capite che simili manovre non sono lecite.

È chiaro che le condizioni di regolarità e di sussistenza del primo pegno sono la base del secondo. La catena mancherebbe del suo primo anello; se il pegno posteriore si supponga valido, il privilegio non potrebbe desumersi che dalla sua data, quindi è che il fallimento del debitore, avvenuto fra l'uno e l'altro contratto, avrebbe impedito la nascita del privilegio.

È chiaro ad ognuno, che la forza di coesione fra i due pegni dev'essere abbastanza energica onde possa mantenersi nelle prossimità pericolose di un fallimento. Nei dieci giorni prima della sua apertura, o nell'intervallo della sospensione dei pagamenti, ogni operazione del fallito è sospetta e guardata con diffidenza. Quel cambiamento, se la sua ragione non è provata all'evidenza, fa temere un imbroglio. La collusione degli interessati si affaccia subito all'idea. Ma si può instituire una ricerca più diretta. *Se il cambiamento del pegno essendo avvenuto nel periodo colpito dalla sentenza che dichiara il fallimento, possa sussistere legalmente;* cioè se tal cambiamento non proverà la frode dei contraenti.

Risposta. Se si ritiene che il *jus pignoris* sia sempre quello; che non abbia subito alterazione nelle sue condizioni giuridiche, e l'affare consista in un indifferente scambio della materia del pegno, senza danno dei terzi, penso che la transazione non possa esser colpita dalla sanzione dell'articolo 555, nè da verun'altra del Codice, essendo il contratto fondamentale stabilito in tempo sano e di piena legalità (1).

Ma vi sarebbe la necessaria continuazione; in altri termini, si potrebbe il secondo fatto

(1) Questioni simili furono da noi esaminate nei num. 642, 643, e si reggono cogli stessi principii.

Digitized by Google

stabilire sulla prima convenzione, qualora gli oggetti dati in pegno abbiano essi medesimi patita alterazione sostanziale; o la spedizione (giacchè la nostra ipotesi sta che la merce sia viaggiante) sia stata notabilmente sviata?

Io credo sia necessario che la materia del pegno rimanga nella sua integrità, in guisa che non divenga meno sufficiente alla destinata garanzia. Se la merce avesse sofferto delle avarie per una causa qualunque, e non prestando più la stessa sicurezza, il creditore fosse mosso dall'interesse di una guarentigia migliore, a rifare, per così dire, il pegno, io veggo un contratto nuovo. La sicurezza del creditore, in parte mancata, sarebbe acquistata a spese del patrimonio di un debitore che ha cessato i pagamenti e in istato morale di fallimento. Altro è se il cambio avvenne direi alla pari: valore con valore, poco importa la materia, e non ne risenta danno il patrimonio del debitore.

Vero è però (poichè il punto è sommamente delicato) che la materia abbandonata dal pignoratario *deve poter rientrare* liberamente nel patrimonio del debitore in compenso dell'altra che cade nel vincolo. Dico *poter rientrare*, non che rientri effettivamente, se del mancato effetto non possa in veruna guisa addebitarsi il creditore del pegno. Se dopo lo scambio del pegno, il bastimento che portava le mercanzie già rilasciate fu ingoiato dalle onde, il gius quesito dal creditore nello scambio non verrà meno. Ma certi fatti posteriori potranno porgere argomenti non favorevoli al creditore, reagendo sul passato. Le mercanzie soggette al pegno viaggiavano in mari lontani, dovevano attraversare regioni burrascose, erano esposte a rapine di pirati, presentavano insomma una garanzia molto dubbiosa. Il creditore che dimora in Genova sa che un altro carico veleggia prossimo da Livorno, e induce il debitore allo scambio. Certamente fa il proprio interesse quel creditore; e la sua previdenza è stata giustificata dall'esito, mentre la nave ha dovuto soccombere ai rischi a cui era esposta, e perire.

Ora parliamo dello sviamento della spedizione che può essere prodotto *da caso fortuito, da volontà dello speditore*, o *da causa giudiziale*.

Io ho questa opinione, che la disponibilità del creditore del pegno debba rimanere in permanenza per quanto è in relazione allo scopo della contrattazione e alle condizioni naturali del transito che la materia pignorata deve percorrere. Il possesso della polizza di carico dà la disponibilità, egli è vero; ma in che consiste questa disponibilità? Nel tenere, a così dire, la chiave; ma se l'edifizio è vagante sui flutti, se non potrebbe per certo il possessore della polizza mettere ad ogni suo piacere la mano sul pegno, *la disponibilità non è che giuridica* (1). La disponibilità giuridica in materia di possesso ha una correlazione non solo estrinseca, ma intrinseca colla materia che è la sua condizione d'efficacia (2). Dicevo di sopra che in più modi può verificarsi uno stato contrario a tale disponibilità giuridica considerata nei suoi effetti.

Caso fortuito e forza maggiore.

È il meno temibile, *in relazione all'effetto* giuridico, tolto che la materia non venga a perire. L'essere trabalzato il naviglio dalla sua direzione in parti opposte o diverse, è della natura dell'elemento su cui viaggia, e non verrebbe perciò a soffrire immutazione il rapporto giuridico, eccettochè la nave non sia spinta in luogo ove si trovi non solamente arenata, nè solamente in condizione d'innavigabilità, ma che la facoltà del creditore divenga pressochè impossibile. Sequestrata dal nemico, in piagge dominate dalla sua forza, sottratta ad ogni nostro potere, la nave e il suo portato cessano di rappresentare il pegno e la garanzia del creditore (Vedi nº 659).

Sviamento per volontà dello speditore, del proprietario o di altri.

Declinare la direzione della spedizione per fatto non naturale e fortuito, ma per fatto d'uomo che potendo fisicamente disporre, fa correre alla merce un'altra linea, e finalmente la getta sopra una costa estranea al suo primo indirizzo, ove rimane in balìa di chi gli ha impresso quel nuovo movimento, ciò produce la privazione del possesso; il diritto reale del pegno si dilegua (3). Lo scambio del pegno presenta una sostituzione; ma se mi date una rinnovazione del pegno, *un pegno nuovo*, il privilegio non ha più radice in altra convenzione: nasce oggi. Se nel mezzo tempo il debi-

(1) Che nessun altro può avere legittimamente tranne il possessore della polizza.

(2) Proposizione della quale non ho qui a dare completa dimostrazione, dovendone riparlare ai numeri che seguono *sulla perdita del possesso in relazione al diritto di pegno* (Vedi num. 665, 666).

(3) Conviene ben distinguere il diritto reale della proprietà da quello del pegno, che ha per base il possesso. La proprietà non si perde per cotali erramenti e sviamenti; il proprietario può rivendicarla a sè da qualunque punto dello spazio (V. detti num. 659 e 660).

tore cessò dai pagamenti, benchè non ancora dichiarato il fallimento, il pegno non ha alcuna consistenza è colpito dall'articolo 555.

Causa giudiziale.

Si può anche aver perduto il possesso per un fatto giuridico, in forza di sentenza, per esempio, che lo attribuisce ad altri. Ciò è chiaro. Ora supponiamo semplicemente il sequestro che trasporta il possesso nel giudice in quanto egli solo ha la disponibilità delle cose *ad tramites juris*. Il creditore pignoratizio concorre, sostiene il suo privilegio, ed è pure *de plano*. Non disputiamo di questo, ma di un punto più arduo, e senza uscire dal soggetto.

Bastano però poche parole. Avvenuto già il sequestro, il creditore si mette in accordo col debitore onde surrogare altra materia a quella caduta nel sequestro. Si conserva forse il privilegio colla data del primo pegno? Io rispondo francamente del no.

Quando si è voluto effettuare la sostituzione, *res non erat adhuc integra*. Si trattava di sostituire una materia libera ad una materia vincolata al giudizio. Il possesso era perduto, e il diritto reale, che si manteneva, andava a realizzarsi nel privilegio. Colla nuova convenzione l'esercizio del privilegio, e il privilegio stesso venne abbandonato (1).

—

662. *Del pegno e suppegno di cose mobili.* Il pegno dei mobili è il più comune, il più facile, il più semplice ed anche il più fragile. Il loro passaggio nei terzi di buona fede è titolo (articolo 707 del Codice civile). Se il creditore vende i mobili del pegno a un terzo che acquista in buona fede, io debitore ho perduto col possesso la proprietà; non posso più ricuperarli. Non si vendono i mobili, supponiamo, ma ricevuti a pegno, s'impegnano dal creditore a Tizio che sa bene con qual titolo possiede. Ma costui li vende a Caio, che è in buona fede: e siamo allo stesso punto.

La nostra legislazione in questa parte non presenta alcuna novità; è nella natura delle cose, è nel bisogno generale del commercio la libera circolazione delle cose mobili. La buona fede del compratore consiste nell'opinione ragionevole che il venditore possa disporne. Non si ricerca l'intenzione e l'animo del venditore, o neppure la sua disponibilità giuridica. *Les meubles n'ont pas de suite* (2): ciò significa che i mobili non hanno storia. Ora noi supponiamo che i mobili siano stati alienati *a non domino*: che deve fare il proprietario, tardi accortosi che i sofà e le sedie che per comodo dell'inquilino egli permetteva rimanessero nella casa affittata, sono stati da costui venduti? Proverà che le cose sono sue? Che l'inquilino non poteva disporne? In faccia al terzo che comprò con una opinione ben diversa da quella del proprietario, questo rapporto storico è prettamente inutile. Nondimeno non si vuole del tutto abolita dal diritto la storia della provenienza mobiliare. Il proprietario dimostri che *ha smarrita la cosa o gli è stata derubata* (3).

Questa idea, che altri può credere una limitazione, a me pare invece sia guida ad un principio, e base di una teoria.

L'interesse del commercio autorizza la *praesumptio* che il vero proprietario, qual che sia, e in un momento qualunque, abbia acconsentito a spogliarsi della cosa sua e cederla ad altri. Questa presunzione di diritto concilia coll'interesse pubblico la moralità delle contrattazioni. *Presunzione legale:* ma è riservata la prova contraria (4). La prova contraria è precisata nei due casi espressi nell'art. 707. Con tale prova si fa manifesto che l'originale consenso del proprietario è totalmente mancato; che non esiste anello intermedio di un possesso che abbia elemento di legalità, fra lui ed i terzi possessori.

Portiamo un rapido sguardo sulla legislazione romana, per rientrare tosto nelle vedute del sistema attuale.

Il ladro non prescrive mai sotto il peso della mala coscienza, nè colui che con scienza gli succede. Ma vi ha di più. È un vizio sì intrinseco (5) alla cosa la sua derivazione furtiva,

(1) Ho dovuto anticipare sul tema della perdita del possesso, come ho notato di sopra: ma non avrei potuto scinder l'argomento senza nuocere alla esposizione, atteso ancora la specialità sua.

(2) *Mobilia non habent sequelam* (VOET, Tit. de rei vind., nom. 12; POTHIER, *Della prescrizione*, n° 199 e seg.).

(3) Articolo 707 del Codice civile: « Riguardo ai « beni mobili per loro natura ed ai titoli al por« tatore, il possesso produce a favore dei terzi di « buona fede l'effetto stesso del titolo. Questa dis« posizione non si applica alla universalità dei « mobili ».

Art. 708: « Colui però che ha smarrita la cosa, « o che ne fu derubato, può ripeterla da quello « presso cui si trova, salvo a questo il regresso per « indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta ».

(4) Vedi articolo 1353 del Codice civile.

(5) *Res transit cum vitio quo ab initio affecta est* (Leg. 7, Cod. pro empt.; Leg. *Vitia* 11, Cod. de adquir. possess.).

che il derubato può reclamarla da chiunque. Insegnano le Istituzioni che non solamente il ladro *et qui in mala fide possidet, non potest usucapere* « *sed ne ullus alius quamvis ab eis* « *ex bona fide emerit vel ex alia causa acce-* « *perit usucapiendi jus habet.* Unde in re- « bus mobilibus non facile procedit ut bonæ « fidei possessoribus usucapio competat (1). « Nam qui (sciens) rem vendiderit furtum ejus « committit ». Ogni possessore di mala fede che rivende la cosa furtiva *rinnova il furto.* Idea profonda!

Ma il senno pratico di quei grandi ci conduce presto nella regione dei fatti e nelle viste della utilità comune. Seguono le limitazioni a favore della buona fede e nell'interesse del commercio. In più modi dicesi accadere che l'alienazione dell'altrui cosa mobile si reputi immune da labe furtiva. Una è, se l'erede trovando cose locate, comodate o depositate al defunto, e stimandole ereditarie, le abbia alienate. Se per errore (2) crede taluno che il parto delle pecore a lui usufruttuario appartenga, e ad altri lo vende, il terzo possessore di buona fede *usucapere posse, dubium non est* (3). Altri casi sono accennati nelle fonti, e tutti tendono a dimostrare che il vizio d'origine si viene disperdendo e quasi consumando nella moralità dei posteriori possessi. Facevasi pure un'altra distinzione, che in questo passaggio non vogliamo obliare, che se alla usucapione il possesso come troppo vicino alla sorgente viziosa non valesse, ben poteva valere la prescrizione trentennale (4).

Qual era adunque la teoria del diritto romano rispetto alle cose mobili? La facoltà di *usucapere*, mediante l'alimento della buona fede, nel corso di tre anni (5). Se però si dimostra che in origine la cosa fu sottratta al padrone col furto, il vizio dura perpetuo sulla cosa incapace di usucapione. Nondimeno havvi una buona fede tutta particolare a certe posizioni giuridiche che i giureconsulti si diedero cura di esaminare, nelle quali doveva permettersi il ritorno all'idea comune dell'usucapione. Passando la cosa per mani sì pure e sì monde da ogni macchia di frode, e quasi direi purgandosi nel suo passaggio la cosa stessa, potè trasmettersi senza il vizio d'origine in mani terze ugualmente pure. Io sono di parere che i vari esempi che incontriamo nel corso del diritto non siano punto tassativi ed esclusivi di ogni caso consimile, non potersi però generalizzarne l'applicazione (6). Lasciamo di questo. È certo che, secondo il diritto romano, l'effetto della buona fede del terzo possessore di cose mobili era l'usucapione. Il possesso di mobili per natura, benchè di buona fede, non equivaleva al titolo della proprietà; solo la proprietà era in via di potersi acquistare con tre anni di possesso protetto dalle condizioni medesime colle quali ebbe inizio (7).

Ne veniva chiaramente, che la cosa mobile in buona fede posseduta potesse cedersi a pegno, come in altra guisa disporsi, ma rivendicato entro il triennio dal legittimo proprietario il possesso, cadeva il pegno.

Per completare questa piccola retrovista sulla giurisprudenza romana, gioverà ricordare, che se la perdita del possesso era avvenuta per violenza *espulsiva*, e non soltanto *compulsiva* (8), cioè coll'effettivo spoglio del possessore, il vizio di un tale possesso era perenne, inespiabile come il peccato originale, malgrado qualunque buona qualità o merito dei successori; ogni usucapione ed ogni prescrizione impossibile: rettamente paragonato al furto (9), del quale era questa una specie delle più detestabili.

---

(1) *Non facile*, perchè sugli immobili non cade furto; e quindi *rarius contingit in rebus mobilibus usucapio;* ma però non la esclude. VINNIO. — Vedi appresso.

(2) *L'error juris* non dà luogo all'*usucapio* (Leg. *Numquam* 31 Dig. de usucap. et longi temp., ecc.

(3) *Cajus* in Leg. 36 eod.

(4) VINNIUS, al suddetto tit. II, lib. IV, delle Istituzioni.

(5) Il titolo abile non è che la dimostrazione della buona fede.

(6) Cioè per tutti i casi di buona fede; ma dover concorrere circostanze di quella importanza e valore che sono specificate negli esempi.

(7) Institut. de usucapion. et longi temporis, etc., § *Jure civili.*

(8) *Espulsiva* la forza che *exturbavit*, cacciò il possessore dalle sue sedi, materialmente, fisicamente, con permanente ostacolo al reingresso. *Compulsiva*, forza più morale che fisica, sgomento più che realtà, innanzi alla quale il possessore fugge atterrito, o abbandona il fondo. Con questo fatto, con questa fuga, si perdeva il possesso. Non essendosi avverata la invasione qualunque che era minacciata, nè avverato il violento possesso dello invasore, era perciò possibile a concepire sotto l'aspetto del diritto un possesso di buona fede in *non domino* prima che il proprietario fosse stato restituito — *sed nihilhominus id prædium antequam in potestatem domini redeat a bonæ fidei possessore capitur* (Leg. 33 de usucap. et usurp., § *Si dominus*).

(9) Leg. 4 de usucap. et usurp., § *Si tu me vi;* Leg. 41 eod., etc. Il delitto protestava contro la occupazione ora e sempre.

Digitized by Google

Riteniam bene che qui non si discorre che d'immobili; lo spoglio violento però può cadere anche sui mobili e rappresentare il furto coi suoi più odiosi caratteri.

663. Noi abbiamo trovato nel diritto romano lo stesso ordine d'idee: soltanto il diritto moderno alla usucapione richiedente buona fede e titolo abile, sostituisce senz'altro intermedio l'acquisto istantaneo della proprietà col solo requisito del possesso e della buona fede. Tutto questo purchè non risulti che il proprietario *ha smarrita la cosa o ne fu derubato* (1). Opinioni ingegnose, e onorevoli per moralità, hanno creduto di ampliare il concetto della legge facendone, secondo essi, un'applicazione conforme al suo spirito.

L'alienazione del pegno mobile si dice non essendo che un vero *abuso di fiducia*, è paragonabile al furto. Quel gran maestro, che fu il Casaregis, respinse questa proposizione come inesatta e non vera, non trattandosi di *furto proprio;* non potere quindi il proprietario ripeterne la restituzione « nisi prius per « eum persolvatur pretium, vel pecunia mu- « tuata, vel quidquid aliud datum aut credi- « tum restituatur illi cui respective venditæ, « vel hypothecatæ, vel in solutionem datæ, vel « permutatæ merces fuerint » (Disc. 124) (2).

Nè le parole della legge, nè la sua ragione ci permettono la immaginata estensione. Le leggi favellano *di furto* (3), e non di altra sottrazione qualunque che non violasse in modo così assoluto il diritto del possesso. In tali sottrazioni, che acquistano nome secondo la varietà loro, di appropriazioni indebite, truffe, scroccherie e simili, in tali sottrazioni, io diceva, vi è meno energia dell'azione criminosa e meno allarme pubblico. Possedendo una cosa senz'averne la libera disponibilità, abusare della fede del possesso, è atto biasimevole, ma in fine un possesso si aveva ed era stato accordato dal proprietario. Al postutto non è in *re ipsa* un vizio d'origine; la *res* non si trovò fuori del possesso del padrone per causa di delitto: fu sviata dal suo scopo contrattuale; ma la legge non se ne occupa; e si passa anche dell'abuso dell'alienante: mentre il dire *che il possesso produce a favore dei terzi l'effetto stesso del titolo*, inchiude *che il fatto dell'alienante non nuoce all'aquirente di buona fede*, ancorchè abusivo. Dal canto proprio il terzo, che ignora l'abuso, è giustificato dall'apparenza del possesso che vede tranquillo, aperto, incontestato nel suo venditore.

Noi siamo ancora nella ipotesi che la vendita dei mobili sia stata fatta liberamente dal pignoratario che se ne vanta padrone. Fingasi che invece della vendita, il creditore pignoratizio faccia un'altra cosa; *impegni i mobili che ha in pegno*, consegnandoli con simile titolo a un terzo. Se non ignora la causa onde il suo debitore li ritiene, è manifesta la mala fede del terzo, che di fronte al proprietario rivendicante sarà respinto coll'eccezione del dolo. Ma se di buona fede, ossia tutto questo ignorando, il terzo creditore ritira i mobili a sè, un giorno che piaccia al proprietario di rivendicarli, provando che il debitore li aveva ricevuto da lui a titolo di pegno, potrà ammettersi la sua pretesa? A me pare di no (4), se non riscattando il pegno dal terzo col pagamento del suo credito.

Che diremo delle merci? L'effetto giuridico della loro trasmissione è forse governato da altri principii? Sarebbe improprio il farne una diversa categoria, tanto è comprensiva la formola *beni mobili di loro natura* (articolo 707 del Codice civile). Così le *merci*, come tutti gli altri oggetti corporei della contrattazione commerciale rientrano di piena ragione nella nozione generale dell'articolo 417 dello stesso Codice.

Bene avvisate furono quelle legislazioni che ordinarono a segni convenienti l'impronta del pegno sulle cose che ne sono subbietto. « Nel- « l'impegnare cose mobili che non ammettono « tradizione materiale da mano a mano, deb- « bono non altrimenti che per la tradizione « della proprietà adoperarsi tali segni per i « quali possa ognuno facilmente conoscere la « costituzione del pegno. Chi trascura queste « cautele, risponde del danno » (articolo 452 del Codice civile austriaco).

Della universalità dei mobili.

La proprietà dei mobili considerati in massa e nel loro complesso non si trasmette di mano in mano colla facilità dei singoli mobili, e richiede il titolo. Ciò rapporto a colui che ha ricevuto l'*universitas;* ma se il possessore della *universitas* procede ad alienazioni parziali,

(1) Num. 662, in princ.

(2) Qualche avvertenza più sotto per ciò che riguarda la conclusione di Casaregis, ritenuto il principio.

(3) Così nel citato testo delle Istituzioni e nelle Leg. 4, §§ 1, 6, 11, 12; Leg. 86 de furtis, e in altri luoghi delle Pandette si parla sempre della *res furtiva*.

(4) « La jurisprudence est constante, ha detto il « Troplong, anche coll'autorità del De Luca, pour « enlever au propriétaire la revendication de la « chose mise en gage » (*Nantissement*, n° 79).

vende mobile per mobile, alcune pezze di panno a Tizio, altre stoffe a Caio, i banchi del negozio a un terzo, il concetto metafisico della unità si dissolve, e non si hanno più che *individui di natura;* le cose mobili insomma indicate nella prima parte dell'art. 707. L'ELLINGER commentando l'art. 452 del Codice austriaco, suggerisce perciò una cautela. « Trattandosi di una massa o università di cose, per esempio di un magazzino di merci o di una biblioteca, il segnale della costituzione del pegno potrebbe consistere nel farne il suggellamento, oppure nell'affigere sui locali del negozio o della biblioteca l'atto con cui venne costituito il pegno ». Osservo che quest'ultima cautela sarebbe anch'essa insufficiente, nel supposto che il pignoratario si arbitrasse di vendere le merci o i libri in dettaglio, e i terzi ignorassero che abbiano fatto parte della universalità denunciata.

664. Ricordo infine la disposizione dell'articolo 2146 del Codice civile. « L'azione del proprietario o possessore della cosa mobile, per riavere la cosa derubata o smarrita in conformità degli articoli 708 e 709, si prescrive nel termine di due anni ».

Da qual punto decorrono i due anni?

Quanto alle *cose smarrite* lo stesso Codice civile ci propone le regole seguenti. L'oggetto mobile che si è trovato devesi restituire al possessore; e questo non essendo noto, deve consegnarsi senza ritardo al Sindaco del luogo (articolo 715). Il Sindaco ne fa opportuna notificazione (articolo 716). « Passati due anni *dal giorno della seguita notificazione*, senza che si presenti il proprietario (1), la cosa oppure il suo prezzo, ove le circostanze ne abbiano richiesta la vendita (2), appartiene a chi l'ha ritrovata ». Combinando questo disposto coll'articolo 2146, i *due anni* avranno adunque per punto di partenza la pubblicazione del Sindaco.

Non abbiamo un dato così positivo per misurare il biennio della prescrizione rapporto al furto. È però naturale che dove la legge non dichiari altrimenti, la prescrizione cominci dall'avvenimento da cui origina l'azione, ossia dal furto stesso. Per me l'articolo 716 è una disposizione particolare.

Ma per avventura il proprietario potrà ricuperare liberamente dal possessore attuale la cosa smarrita o derubata? E più chiaramente se, in ipotesi, l'inventore o il ladro avesse venduta la cosa trovata o rubata, indi il compratore di buona fede l'avesse data in pegno, dovrà il proprietario per riavere la cosa soddisfare il creditore pignoratizio, secondo la dottrina del CASAREGIS accennata al numero precedente?

Io mi permetto di non essere di questo avviso. Bisogna ritenere, che la buona fede non giova entro quel limite di tempo e non produce alcun effetto giuridico. È uno spazio lasciato alle investigazioni, alle ricerche: ma a termine spirato, la cosa mobile è restituita alla circolazione, e riprende il suo dominio la regola generale dell'articolo 707 del Codice civile.

---

665. *Perdita del possesso;* e in conseguenza perdita del privilegio del pegno.

Discorrendo del possesso pignoratizio, si è dovuto parlare della sua durata della quale la perdita del possesso è il limite. D'altra parte questo tema, sempre grave, appartiene agli illustratori del Codice civile. A noi restano poche cose ad aggiungere.

Una delle fasi più notevoli nel punto di vista commerciale fu esaminata al num. 659. Benchè da quella ipotesi sembrasse emergere un carattere esemplare, e quasi di circostanza, la soluzione non poteva derivarsi che dall'ordine dei principii. È in quelle combinazioni delicate e non comuni che se ne manifesta la forza. Niuno ha approfondita la materia del possesso quanto SAVIGNY; e non posso rimanermi dal trascrivere intero un passo pieno di tanta luce, che, quantunque possa credersi non del tutto necessario, sarà riveduto volontieri da tutti quelli che intendono esser questo un subbietto a cui la luce non è mai troppa (3). « Adesso convien cercare la regola, dice SAVIGNY a modo d'introduzione, secondo la quale può esser determinata la durata, e con essa la perdita del possesso, e volerla primamente dedurre dalla nozione del possesso. Cioè, prosegue, poichè il possesso fu concepito come disponibilità fisica, riferita alla convinzione della medesima, così per ogni acquisto si volevano due cose (4): un fatto o rapporto fisico, e l'animo. Lo stesso debbe aver luogo ancora quanto alla

---

(1) *Proprietario* s'intende anche colui che era il possessore della cosa smarrita.

(2) Se le cose erano soggette a deperimento.

(3) *Diritto del possesso*, sez. III, § 30 (traduzione CONTICINI).

(4) È noto che SAVIGNY espone i principii del romano diritto. Principii durevoli « quanto il tempo lontana ».

Digitized by Google

« durata: anche questa deve, come l'acquisto, « appoggiarsi al medesimo accoppiamento col « fatto e coll'animo; bisogna dunque ch'ella (1) « rimanga esclusa quando codesto accoppia- « mento è cessato, cioè tutte le volte che » il « solo fatto corporale » il solo animo cessa, o « cessano entrambi nel tempo medesimo. Tutta « la differenza che si può ammettere fra le « condizioni dell'acquisto e quelle della du- « rata, può unicamente concernere il grado, « non la sostanza di codeste condizioni (2), « vale dire, bisogna sempre poter ammettere « un punto in cui siffatta differenza sparisce. « Un siffatto punto sarebbe, per es., quanto « al rapporto fisico, la totale assoluta indispo- « nibilità fisica di agire sopra la cosa; quanto « all'animo, la determinata risoluzione di non « esserne possessore: ed è chiaro che in ambo « i casi non può il possesso nè cominciare nè « seguitare, » che per conseguenza in codesti « casi le condizioni dell'acquisto e quelle della « durata coincidono insieme ».

Questo modo di vedere concerne principalmente il fatto subbiettivo; ma la perdita del possesso può avverarsi *per un fatto esteriore*. Si perde il possesso quando la disponibilità diventa impossibile, anche potenzialmente (3). La perdita del possesso non è già prodotta di necessità da un fatto contrario approvato dal diritto: si verifica eziandio per un fatto ingiusto, » senza che il rapitore della cosa acquisti il possesso (4) per sè. Basta insomma che altri s'impadronisca della cosa, perchè noi perdiamo il possesso della cosa se questa cade o è spinta in luogo inaccessibile alla nostra azione fisica (5). Ciò stesso succede se noi riponiamo una cosa e poi dimentichiamo totalmente, quasi invincibilmente, il luogo ove l'abbiamo riposta (6). Ma è stato detto che se è sepolto il tesoro e più non ci rammenta il dove, si mantiene il possesso mediante le misure opportune prese per rintracciarlo. Se abbiamo smarrito dalla memoria il luogo, ma poi lo ricordiamo, il possesso si ritiene costante (7).

Un cenno *sulla perdita del possssso per mezzo dell'animo*, a completare questo piccolo quadro. Il possesso, considerato nel suo stato permanente, è piuttosto *potenza* che *atto*, perchè come non sempre possiamo tenere la mano o gli occhi fissi sulla cosa, così non possiamo sempre pensarci. Anzi se la mente si riduca sfortunatamente a tale che non possa pensare più a nulla (se l'uomo insanisce), non però il perde il possesso: perchè non è precisamente col non pensare alla cosa, o col non potervi pensare, che il possesso si perde: ma in forza di una volontà nuova ed opposta (SAVIGNY, luogo sudd. (8).

668. Giova aver rammentati questi principii; ora scendiamo ancora per poco nel campo della pratica commerciale.

V. e *T.* dell'Avana avevano per commissione di *M.* di Marsiglia comprato una certa quantità di zucchero, inviata su quattro navi. Le polizze di carico erano all'ordine di *V.* e *T.*, e nessun destinatario vi era indicato.

All'arrivo del carico nel porto di Marsiglia, *M.* era fallito. *V.* e *T.*, o chi per essi, non potendo, atteso il fallimento di *M.*, ricovrare il prezzo dei coloniali, ne provocarono la vendita: così fu fatto, » i commissionari, in virtù del privilegio, ottennero il pagamento. La cosa

(1) La disponibilità.

(2) L'*apprensione* necessaria al possesso si concepisce nella *contrectatio rei* mediante l'atto corporale; applicazione che può essere *più o meno immediata:* ma questa nozione è sempre la base dell'acquisto del possesso (SAVIGNY, § 14). Ritenuto il principio, che il nostro autore chiama *la sostanza*, vi ha chi travede *una differenza* nell'apprensione medesima (ed è ciò che l'autore chiama *grado*), secondo si tratti o di una occupazione unilaterale o di una tradizione. E l'autore lo concede, giusta circostanze che molte volte sono di fatto.

(3) Non essendo già sempre mestieri alla nozione della disponibilità tener la mano *super re:* basta poterla afferrare quando si vuole (Leg. 3, § 13, de poss.).

(4) Per esempio, se un servo altrui trafuga la cosa *sine jussu domini*. Leg. 15, de poss.; SAVIGNY, l. d., § 31.

(5) SAVIGNY, § 31 detto. V. il nostro nº 661.

(6) Come fanciullo che maturo frutto
Depone e poi si scorda ove l'ha posto,
E dopo molti giorni è ricondutto
Là dove trova a caso il suo deposto;
Si maraviglia di vederlo tutto
Putrido e guasto e non come l'ha posto;
Tal, ecc. ARIOSTO.

Quel fanciullo avrebbe perduto il possesso.

(7) Leg. 3, § 13 de possess. 47 eod. Testi difficili, illustrati da SAVIGNY. Ciò che si ritiene *sotto custodia* benchè nel frattanto non si ritrovi » siasi anche smarrito fuori del luogo della custodia (purchè non in modo da non potersi più ricuperare se non dalle mani di un terzo che l'apprese ma non per conservarla a noi) non è perduto il possesso. Non possiamo oltre discorrere l'argomento che richiederebbe altre disquisizioni e schiarimenti.

(8) Il num. 6º dell'articolo 1938 del Codice civile contiene il concetto medesimo del nostro art. 190, in quanto però il pegno si realizza e diventa base di un credito privilegiato.

Digitized by Google

era chiara. *V.* e *T.* erano sempre stati i possessori della polizza, non indiritta a destinatario o consegnatario ulteriore (1). Essi avevano sempre conservato il possesso.

Ma un'altra specie, proposta pure da TROPLONG (num. 354), merita esame; vi è un buon dato di teoria che non deve sfuggirci. L'aspetto della questione è anche più forte, poichè dal privilegio pignoratizio si salta alla rivendicazione che suppone la proprietà.

C., commerciante di Vienna, compra trenta balle di cotone per *S.*, commerciante di Strasburgo, ma in nome suo proprio e pagando coi danari propri. Indi *C.* invia le merci a *S.* colla lettera di vettura, indicando il prezzo della compra, le spese di trasporto, il diritto di sensalato e di commissione.

Il carico arriva a Strasburgo; le merci sono portate alla dogana. Ed ivi ancora esistendo, *S.* fallisce.

C. muove giudizio di rivendicazione. Esso dice: io debbo essere considerato quale venditore rimpetto a *S.* Costui non avendo pagato e non potendo più pagare, ho diritto di rivendicare le cose vendute. I sindaci rispondevano: voi non siete un venditore; non siete che un mandatario che avete esercita una commissione. Non ostante *C.* prevalse avanti il Tribunale di commercio; la sentenza fu riformata con altra della Corte di Colmar; ma nel 14 novembre 1810 essa fu colpita dalla falce della Cassazione.

Tre questioni si sviluppanó da questo fatto:

1° Il commissionario non deve considerarsi come venditore rimpetto al committente, ad effetto di rivendicare la merce non pagata?

2° Il commissionario che ha pagato del proprio il primo e reale venditore non è surrogato *de jure* nelle di lui ragioni?

3° Il commissionario non potrà almeno esercitare il privilegio inerente alla sua posizione pei pagamenti effettuati sulla merce?

Il primo sistema non prevalse e non doveva prevalere. Stabilito che *C.* agiva per commissione, è impossibile spinger la finzione sino a poterlo ritenere il venditore verso il committente. È manifesto che verso di lui non era che un mandatario.

Il secondo sistema fu quello che vinse. Con esso si sosteneva un diritto di surrogazione dedotto dall'articolo 1251 del Codice Napoleone, al quale corrisponde il 1263 del Codice civile italiano (2), mostrandosi che il commissionario aveva interesse di pagare il venditore; eccolo perciò surrogato nei diritti di lui, ed eccolo investito dell'azione di rivendicazione.

La decisione fu combattuta da DÉLAMARRE e POITEVIN (3), poi con maggiore ampiezza di ragioni da TROPLONG.

Mancano i termini abili, dicevano gli oppositori, all'applicazione di quel disposto e alla surrogazione legale. Essa non può concepirsi che nella coesistenza di almeno due coobbligati (4). E qui i due debitori dove li trovate? « Dans notre éspèce qui suppose un commis« sionaire achetant en son propre nom, le « vendeur n'a pour obligé que le seul commis« sionaire qui n'a engagé que lui seul » (5). Ed è vero; il sig. *C.* non obbligò il committente neppur nominato. Ma quel che è più, non ci avea verun debitore, ed era, a mio modo di vedere, l'argomento più decisivo. Il prezzo era stato soddisfatto. Il venditore non si era mai trovato in condizione di esercitare un privilegio, molto meno un diritto di rivendicazione; perchè, secondo l'ipotesi, all'atto della consegna delle merci venne pagato. In quali azioni adunque era subentrato il commissionario?

Gli scrittori colleghi, che ho sopra memorati, parevano per altro inclinati a ritenere per gli usi del commercio una facoltà di rivendicazione nel commissionario essendo ancora per viaggio la merce, non ancora introdotta cioè nei magazzini del fallito. TROPLONG moltiplica osservazioni ingegnose per togliere a questo preteso uso di commercio ogni virtù di fronte alle disposizioni di diritto (6). Per noi la materia dev'essere riservata al Titolo della *Rivendicazione*.

Resta la terza questione: il privilegio del

(1) Corte d'Aix, 29 giugno 1842; Cassazione francese, 18 aprile 1815; TROPLONG, *Nantiss.*, n° 344.

Che sarebbe avvenuto se la polizza avesse portato il nome di un destinatario? Egli non avrebbe avuto il possesso, non essendo in mano sua la polizza di carico, nè altri ritenendo *nomine* di lui, e come di lui rappresentante.

(2) « La surrogazione ha luogo di diritto: 1° a « vantaggio di colui che essendo egli stesso cre« ditore, ancorchè chirografario, paga un altro « creditore che ha diritto di essergli preferito in « ragione dei suoi privilegi e delle sue ipoteche; « 2°.......; 3° a vantaggio di colui, che essendo « obbligato con altri o per altri al pagamento del « debito aveva interesse a soddisfarlo ».

(3) *Traité de commission*, tom. II, num. 395.

(4) Testuale. Vedi la nota precedente. È una disposizione d'equità per la quale uno dei due debitori migliora la propria condizione pagando il creditore e subentrando nei di lui diritti.

(5) DÉLAMARRE e POITEVIN, supra.

(6) *Du nantissement*, *Du gage*, *etc.*, n. 362 a 374.

15 IAG 1869

Digitized by Google

commissionario. E qui si rientra nell'esame della situazione possessoria. Come la rivendicazione ha fondamento nella proprietà, il privilegio lo ha nel possesso.

Ebbene: il commissionario se n'è spogliato; egli lo ho perduto. Doveva ritenere le merci sino al pagamento. Non solo si è diviso dalla materia costituente il pegno; ma pur anco ha spedita la lettera di vettura al committente: duplice fatto che dimostra l'abbandono sì di corpo che d'animo. Dal momento della spedizione della lettera di vettura accompagnatoria della merce, il possesso appartenne al committente. « Non si trattien lo strale — quando dall'arco uscì », e il commissionario non poteva più richiamare il possesso perduto. Alle prove del possesso del committente, si aggiungeva l'ingresso della merce in dogana ove doveva sdaziarsi nell'interesse di lui: e i creditori del fallito, o i loro rappresentanti, ne fecero sequestro legittimo, rimanendo con ciò il commissionario confuso nel volgo dei chirografari.

Articolo 191.

Il creditore deve fare gli atti necessari per la conservazione della cosa data in pegno.

Egli esige tutte le somme che vengono in scadenza.

Se sono dati in pegno effetti cambiari, ha i diritti e i doveri del possessore.

Le spese occorse sono prelevate in suo favore; soddisfatto del suo credito, egli rende conto di quanto sopravanza sulle fatte esazioni.

667. *Diritti ed obblighi del creditore pignoratizio relativamente alla conservazione e realizzazione del pegno.*
- a) *Degli atti conservatorii;*
- b) *Riscossione delle somme pignorate;*
- c) *Il creditore pignoratizio non può transigere nè compromettere col debitore del debitore;*
- d) *Ha il dominio dell'azione; è investito di tutti i diritti della difesa, e anco della offesa in proporzione dell'interesse;*
- e) *Degl'interessi del pegno.*

668. *Dell'oppignoramento giudiziale di cose mobili che stanno a garanzia di crediti; e dell'oppignoramento di crediti garantiti da pegno. Varie complicazioni.*

669. *Responsabilità del creditore pignoratizio per la perdita e guasto delle cose ritenute nella sua custodia.*
Sulla classica nomenclatura di colpa lata, lieve, e lievissima; e come da altro metodo di apprezzamento venga surrogata secondo i Codici moderni.

---

667. Qualche avvertenza si è dovuta anticipare per necessità di discorso nel nº 648.

a) Il primo e il terzo periodo riguardano i doveri del possessore. Custodire e ristaurare gli oggetti materiali, protestare per difetto di accettazione o di pagamento degli effetti cambiari, produrre in tempo i titoli di credito nel giudizio di fallimento, sono atti del genere conservatorio.

b) È pure conseguenza del possesso la riscossione delle somme pignorate che vengono a scadenza. In effetto possedere il titolo del credito e l'istrumento dell'azione, è possedere la cosa da quella rappresentata. Ciò poteva bene argomentarsi dal diritto, ora l'articolo 191 riempie un vuoto della legislazione e spanderà la sua luce anche sulla civile che manca di un riscontro egualmente chiaro e completo (1). Scambiato il titolo colla somma, questa ricade nel vincolo; e rimane al creditore come un deposito (2). La sua facoltà non cessa colla riscossione; essa si estende al rin-

(1) Per altro, essendo il creditore responsabile *anche del deterioramento del pegno avvenuto per sua negligenza* (articolo 1885 del Codice civile) ne consegue l'obbligo di fare le spese necessarie alla sua conservazione.

(2) Mi riservo di spiegare la proposizione. In-

Digitized by Google

vestimento. In generale egli può fare tutto ciò che è utile, laddove risponde del danno che avesse cagionato coi suoi atti improvvidi e mal consigliati, se non si premunisca del consenso del debitore, proprietario del pegno.

c) Il creditore, responsabile verso il proprietario della regolarità degli atti giudiziali ch'egli intraprende per la riscossione del credito, non può che adire la giurisdizione ordinaria; non può venire a patti col debitore, nè transigere, nè compromettere. La transazione e il compromesso sarebbero radicalmente nulli per mancanza di facoltà. Non si dirà per altro ch'egli commette un atto nullo accordando dilazioni sicchè il proprietario possa sostenere contro il debitore ch'egli non ha punto acquistato il diritto alla dilazione accordatagli dal creditore pignoratizio. È impossibile ritenere che chi ha facoltà di riscuotere non abbia anche quella di differire la riscossione; ma egli risponde delle conseguenze. Se il debitore venisse intanto a cattiva condizione, il creditore pignoratizio arrischia il proprio credito e si espone al risarcimento dei danni.

d) Per agire in giudizio contro il debitore ceduto, il creditore pignoratizio è investito di azione dalla legge stessa, e non ha d'uopo di mandato espresso o dichiarazione del proprietario. È naturale che tutti gli atti necessari a conseguire il fine della riscossione siano nella facoltà dell'agente, ancorchè si estendano ad altre persone oltre il debitore ceduto. I condebitori, i fideiussori possono e debbono colpirsi dall'azione del creditore pignoratizio. Se giova chiamare in causa altre persone, egli ne ha pure la facoltà. Il titolo *in garanzia*, finchè si possiede dal creditore pignoratizio, è rispettato come quello di un proprietario a tutti gli effetti giudiziari.

Se tutto questo avviene sotto la responsabilità sua, ciò dimostra ch'egli ha il dominio dell'azione. Se sorgono controversie sulla *proprietà del pegno*, la discettazione sembrerebbe oltrepassare la facoltà del creditore pignoratizio. Eppure non è così. Tutti coloro che sono in possesso dell'azione utile hanno *quoad exercitium*, e, per quanto riguarda la *difesa*, le stesse facoltà che competono al proprietario. Dico *a difesa*, non *ad offesa*; ed in questo rispetto occorrono distinzioni.

Ci sia permesso prendere argomento fuori dei termini del soggetto commerciale. L'usufruttuario non ha evidentemente tutto quel potere d'azione che spetta al proprietario. Egli non potrà, per esempio, affrancare una rendita perpetua infissa sul fondo. L'enfiteuta non domanderà che si mantengano le garanzie annesse al diritto del canone; nè avrà azioni di caducità da promuovere. Criterio sommo della competenza dell'azione o dell'eccezione è l'interesse. Nè l'usufruttuario, nè l'enfiteuta hanno interesse per istaurare simili azioni, e perciò non hanno l'azione. Si possono così concepire diritti diversi, benchè correlativi *super eadem re*; e si comprende da un lato la proprietà causale, la formale dall'altro: cioè la proprietà dell'uso, del godimento, quindi dei frutti, delle comodità e delle utilità della cosa. Tale relazione giuridica ravvicina gl'interessi senza confonderli *quanto allo scopo*, che rimane sempre distinto; possono però riunirsi *quanto alla causa*, da cui rampollano i rispettivi diritti, e gli stessi interessi animare le azioni dirette a realizzarli.

Diciamo adunque che il possesso utile (1) si riveste *di tutti i diritti della difesa*, ancorchè vengano in certo modo a intrinsecarsi colle ragioni della proprietà sostanziale e causale (2). Così se il creditore pignoratizio che ha istaurata azione contro i debitori assegnati, ove incontri resistenza per parte loro propugnanti di non avere il debito, ovvero il pignoratario dei mobili sia compulsato per rivendicazione da un terzo che se ne pretende proprietario, in codeste e simili contingenze il pignoratario si batte coi diritti di proprietà che spettano inizialmente al proprietario da cui ha causa, attesochè vi è autorizzato dal proprio interesse.

È facile colla stessa guida dell'interesse stabilire quando il creditore pignoratizio avrà la iniziativa dell'azione, la quale appartiene piuttosto alla *rei substantiam*, che alle utilità che ne derivano. Ben guardando, la più parte di tali iniziative rientra nella categoria degli atti conservatorii (3). Se il mobile ricevuto a pegno

tanto mi dà appoggio l'autorità di TROPLONG: « Cette situation a pour consequence nécessaire « d'attribuer au créancier le rôle secondaire *d'un* « *simple depositaire de la chose*. Si la possède, ce « n'est que dans un but restreint et limité; elle ne « lui a été donnée que pour assurer son privilége. « La possession est précaire; elle ne lui donne que « le droit de garder la chose, de la retenir, de la « conserver ».

(1) Non già *nomine alterius*, come quello del conduttore, ma indipendente dal primo, e per effetto di una propria posizione giuridica.

(2) Perchè difendendo la proprietà si difende insieme il diritto reale d'ordine inferiore che ci appartiene, fondato sul diritto reale più eminente, che è quello della stessa proprietà.

(3) Ad esempio quegli atti che valgono ad interrompere una prescrizione che sta per compiersi.

Digitized by Google

mi è sottratto, e io lo colgo in mano al possessore di mala fede, lo rivendico per me che ho interesse a rivendicarlo; lo rivendico anche pel proprietario, e così per doppia ragione. È un diritto, per ciò che mi riguarda; è un dovere per quanto concerne l'interesse del proprietario, datomi in custodia insieme al materiale della garanzia. Ma benchè il creditore pignoratizio agisca *proprio jure*, fia prudenza lo invitare il proprietario a intervenire in siffatte contese nelle quali la ragione della proprietà è principalmente interessata.

e) Degl'interessi che si percepiscono dalla cosa pignorata.

« Se è dato in pegno un credito il quale « produce interessi, il creditore deve imputare « tali interessi a quelli che possono essergli « dovuti. — Se il debito per la cui sicurezza « si è dato in pegno un credito non produce « per se stesso interesse (1), l'imputazione si « fa al capitale del debito » (articolo 1886 del Codice civile).

È il creditore pignoratizio che riscuote gli interessi dei titoli fruttiferi, conseguenza del possesso utile che è in lui; egli si è fatto conoscere ai debitori mediante intimazione, o con iscrizione nei libri pubblici, o nei libri sociali (2). Il nostro articolo 191, capoverso 1°, gli attribuisce tale facoltà di riscossione e pel capitale e pei frutti.

La imputazione è di diritto; e se il credito causale è fruttifero, ad ogni scadenza può effettuarsi la imputazione, dato che il creditore pignoratizio abbia già percetti gl'interessi del credito pignorato, o non sia stato per lui di non averli percetti.

Generalmente gli *effetti commerciali* hanno inchiusi gl'interessi nella somma nominale, o l'interesse consiste nella negoziazione di cui sono suscettibili.

Qui la cosa può assumere l'aspetto di una difficoltà. Se gli effetti furono affidati col patto di assoluta giacenza e indisponibilità, restando chiusi nel portafoglio, sono fino alla scadenza materia morta. Noi però abbiamo ritenuto che prescindendo da convenzione contraria, la indisponibilità non sia che relativa *et juxta pignoris naturam*; e possa il creditore formarne, a proprio profitto, un secondo pegno (n° 655 e seg.). Tale disposizione sarà per recare dei vantaggi alla economia del pignoratario: forsechè il proprietario del pegno vorrà tenerne conto per diminuire, mediante imputazione, il proprio debito o compensare gl'interessi da lui dovuti, non dovendo il creditore lucrare sul pegno?

L'operazione del suppegno, quantunque legittima, mantiene l'obbligo nel pignoratario di indennizzare il proprietario del pegno per ogni conseguenza; ma non si può spingere tant'oltre la teoria del compenso, che il creditore debba comunicargli ogni vantaggio che ritrae dal secondo pegno. La legge non parla che degl'interessi, seguendo un principio chiaro e perfettamente logico (3). Il creditore percepisce gli interessi *nomine* del proprietario, e solamente per lui e per conto suo; egli possiede per la garanzia e non pel godimento (4); e non essendogli interdette quelle utilità che emanano dal suo rapporto giuridico, non dee conseguir quelle che eccedono un tale rapporto. Ed è appunto il motivo pel quale non conferisce il profitto qualunque del secondo pegno, profitto che quasi sempre si risolve nel difendersi con tal mezzo da qualche minacciosa scadenza, e non avrebbe base di liquidazione. Il creditore pignoratizio opera nei limiti del proprio diritto.

Ma perchè non ci occupiamo che degl'*interessi dei crediti* dati in pegno? Non vi sono pure dei pegni corporali che rendono interessi, ed anco di maggior conto? Il commerciante Paolo per ottenere una lunga dilazione dal banchiere Giovanni, sperando di sistemare col tempo i propri affari, gli cede a titolo di pegno dieci mulini, con o senza la tassa del macinato, col patto di continuare il lavoro; certo è che quel lavoro è lucroso, e certo ancora che Giovanni, amministrando, dovrà render conto e imputerà gli utili ritratti nel credito, presso a poco come era uso nell'antico salviano.

668. Ora osserviamo il diritto di pegno messo in confronto del pignoramento giudiziale fatto da un creditore del proprietario; e da un creditore del creditore pignoratizio.

Prima questione. La materia del pegno convenzionale è suscettibile di pignoramento giudiziale; che non è un pegno aggiunto al pegno (suppegno), ma un *pignus novum* d'ordine diverso ai fini della giustizia.

(1) *Per se stesso:* dopo la mora potrebb'esser aumentato cogl'interessi, e sarebbe ugualmente luogo alla imputazione, preservando il capitale.

(2) Vedi ciò che si è detto sull'articolo 189.

(3) Relativamente all'anticresi o pegno dell'immobile, così pure dispone la Leg. 3 Cod. de pign. act.

(4) Il primo creditore deve compensare al debitore proprietario gl'interessi che il secondo creditore riscuote, essendo egli colpito dall'azione diretta del proprietario medesimo.

Gli atti della procedura sono indicati nell'articolo 611 del Codice di procedura civile, e nei seguenti articoli; noi non dobbiamo vedere che gli effetti di codesto incontro giudiziario.

Sotto la forza del pignoramento giudiziale il creditore pignoratizio è costretto rilasciare la materia del pegno, se corporale; ove consista in crediti, egli subisce la posizione che gli è fatta dal nuovo creditore, e, non meno del debitore proprietario, è sull'atto colpito da fulminante indisponibilità.

Di tal guisa il creditore pignoratizio ha perduto il possesso; ancorchè si rimanga nella detenzione materiale, non possiede più per sè, ma pel giudice; e cade nella condizione passiva di sequestratario giudiziale o depositario (articolo 612 della procedura civile). Il pegno, benchè forzatamente, riceve la soluzione che gli è naturale: si risolve nel privilegio di cui è causa.

Ma come succede questo se il creditore pignoratario *ha perduto il possesso?* Non troviamo un ostacolo nell'articolo 190, capov. 1°, e negli articoli 1882 e 1956, num. 6 del Codice civile, perdendosi col possesso eziandio il privilegio?

Risposta. Si perde il possesso cessando la disponibilità; ma non si perde il privilegio, essendochè il possesso del giudice, come posizione giuridica protettrice e non innovatrice, si considera continuativo del possesso delle parti *quanto ai diritti attaccati al possesso medesimo*.

Rispetto ai concreditori, quegli che riteneva il pegno, concorrendo nella distribuzione del prezzo delle cose giudizialmente vendute, propugna la preferenza che gli è dovuta, e, incontrandosi con altri privilegiati, avrà quel grado che la legge gli assegna (1).

Per quanto riguarda il debitore proprietario del pegno (il vero spogliato), la risoluzione finale è questa: egli è costretto a pagare il debito pel quale diede il pegno, e del quale è stato privato il creditore privilegiato, ancorchè il credito non sia scaduto. Nè può il debitore volere che la somma dal suddetto suo creditore riscossa nella distribuzione del prezzo sottentri al vincolo, quasi a formare di essa un nuovo pegno. La vendita giudiziale produce lo scioglimento dei vincoli e la conversione dei titoli reali sulla cosa in altrettanti diritti che si realizzano sul prezzo (2). Il creditore è pagato, ecco tutto. Il debitore non può dolersi dell'anticipazione che è costretto di accordare, mentre egli stesso, non pagando il debito per cui sofferse il pignoramento, vi ha dato causa.

Seconda questione. Il pignoramento o sequestro è stato eseguito da un creditore del creditore pignoratizio.

Il pignoramento non può cadere sulla materia del pegno; sui quadri, sui cristalli, sulle merci, sugli animali che *B.*, creditore di *A.*, conserva per garanzia del proprio credito. Quelle cose non sono del debitore *B.*, quindi il suo creditore rispettivo (che chiameremo *C.*) non può oppignorarle qualora *B.* provi col titolo la esistenza del pegno e il vincolo del proprio possesso (3). *C.* non può colpire il proprio debitore *B.*, se non in quella stessa azione di credito che professa verso di *A.* Egli dunque fa un *pignoramento di credito presso terzo* (articolo 611 della procedura) (4). Naturalmente il pignoramento abbraccia col credito la garanzia che è il suo accessorio; e trae con sè lo stesso pegno.

Premesso l'atto di pignoramento, e la citazione del debitore *B.* e del terzo *A.* (art. 611 della procedura), questi fa la sua dichiarazione, enuncia la somma e tutto il resto che si richiede dall'articolo 613 (ivi). Esponendo la situazione del debito, indicherà come sia garantito da un pegno mobiliare che sta nelle mani del suo creditore *B.*, e descrive i singoli

(1) È stato considerato dagli autori il caso del pegno concesso a due creditori, disputando a quale abbiasi a dare la preferenza.

Non si poneva in questione che il primo investito del pegno dovesse avere la preferenza sul secondo, ed era cosa ammessa; ma se soddisfatto il primo, il secondo pignoratario potesse sull'avanzo pretender privilegio a pregiudizio degli altri creditori.

Nella specie, un furbo debitore aveva dato lo stesso pegno a due creditori, presentando a ciascuno la chiave del magazzino delle merci, avendone un duplicato. La Corte che ne giudicò (Aix, 21 febbraio 1840, Dalloz, *Recueil*, 1840, part. II, pag. 128, 129), antepose quel creditore che primo fece il contratto ed ebbe la chiave; dopo ciò ammise al privilegio sulla rimanenza il secondo creditore. Questa decisione è anche approvata da Troplong, *Nantissement*, num. 318.

(2) Che però non è una regola generale, potendo il giudice ordinare vincoli e sostituzioni di garanzia sulle somme assegnate; ma non suole avvenire che sul prezzo degl'immobili o secondo particolari circostanze.

(3) Senza di ciò potrebbe il possesso stesso indicare proprietà rispetto all'oppignorante giudiziale.

(4) Nel caso precedente invece di pignoramento *di credito*, si aveva un pignoramento *di mobili presso terzi*.

effetti, o l'*universalità* costituita a pegno che al momento supponiamo un magazzino di merci, di cui lo stesso *B.* ha colle chiavi il possesso (1). Sotto questa operazione giudiziale, che avviene delle merci o del magazzino di merci, materia supposta del pegno convenzionale?

Anche in questo caso, *B.*, oppignorato nella sua azione di credito, resta nella detenzione dei mobili che rappresentano la garanzia dello stesso credito; ma esauriti i preliminari del pignoramento o sequestro esecutivo, egli comincia a possedere *tanquam* depositario e sequestratario giudiziale, conformemente all'articolo 612 sopra indicato (2). Così il pegno, accessorio del credito, segue la sorte del credito stesso e passa giuridicamente nella sfera dell'oppignoramento giudiziario. Dal non avere più il creditore pignoratizio un possesso proprio, che sotto questo rispetto poteva ben chiamarsi *civile*, consegue che l'oppignorante può domandare altresì « che si apponga altro custode, o siano levati da quella casa i pegni, nel sospetto abbastanza fondato di sottrazione o dispersione. L'oppignorante *C.*, surrogandosi nelle ragioni di *B.*, suo debitore rispettivo, ha diritto a circondarsi di quelle guarentigie delle quali era provveduto il suddetto suo debitore. Niuna legge l'obbliga a contentarsi di quella forma rappresentativa di possesso che consiste nel possedere la cosa col mezzo di altri. Questo creditore, riconosciuto dall'autorità del giudice, potrà richiamare al suo proprio personale possesso il pegno par sicurezza, per tranquillità, per migliore custodia.

Si farebbe un discorso diverso qualora la materia del pegno convenzionale fosse *un effetto di commercio* passato nelle mani del creditore, colla caratteristica *valuta in garanzia?* (articolo 189).

Le relazioni di diritto sono identiche, e la varietà della materia data in pegno, non può alterare l'applicazione del diritto. Se il commerciante *B.* ha nel suo scrittoio (non voglio dire nel suo portafoglio (3) effetti commerciali datigli a sicurezza e custodia dal suo debitore *A.*, e soffre sequestro sul credito per fatto di un suo creditore, continua a possedere quegli effetti, ma quale semplice depositario, non altrimenti che ogni altra cosa mobile. Spogliato ad un tratto della qualità di creditore e di pignoratario, la sua detenzione diventa precaria e subordinata agli ordini del tribunale; egli non ha più neppure quella limitata disponibilità che fa lecito a chi possiede il pegno di formarne un altro (suppegno) per soccorrere al proprio bisogno.

Poichè abbiamo toccato anche una volta del *suppegno*, finiamo col volgere uno sguardo a questa posizione complicata con un oppignoramento giudiziale.

Conserviamo i nostri personaggi algebrici, più uno. *A.*, debitore di *B.*, gli ha dato in pegno degli effetti commerciali; *B.*, debitore di *L.*, a garanzia di un pagamento che dovrà fargli dopo un certo tempo, gli consegna gli effetti medesimi colla stessa formula *in garanzia* che ne esprime il vincolo. Così assestate le cose fra loro, viene a sturbarle un altro creditore di *B.*, per nome *C.*, che oppignora l'azione di credito ch'egli professa verso di *A.*, primo datore del pegno. Fermo il principio che il creditore sequestrante subentra nelle ragioni del debitore per esser pagato dal debitore sequestrato, egli acquisterà nè più nè meno quelle garanzie che al proprio debitore spettavano. Ma noi abbiamo ammesso che il *jus pignoris*, come attività patrimoniale, può cedersi ad altri, formandosi con ciò un secondo pegno (n° 655). Abbiamo declinate le varie regole da seguirsi in simili casi (n° 656 e seg.). E quelle stesse norme varranno di guida all'oppignorante, cioè al successore giudiziale del terzo (creditore) per quanto concerne l'esercizio delle guarentigie annesse al credito.

Quelle norme potranno ben essere istrumento a sciogliere altri casi di pari o maggior complicazione: « noi dobbiamo arrestarci. Solo ci gioverà avvertire da ultimo, che quello che veniamo chiamando *diritto di surrogazione del creditore oppignorante* ha luogo quando il credito *è assegnato in pagamento* (articolo 619 del Codice di procedura civile). E se il credito fosse venduto per via giudiziale, secondo il seguente articolo 620? È chiaro che gli editti di vendita enuncieranno col credito le garanzie ad esso inerenti: e il deliberatario vi sarà surrogato per gli effetti di ragione.

Il procedimento non dovrà mai trascurare

(1) Tutto questo è nello spirito, se non nelle parole dell'articolo 613. Niuna reticenza può esser permessa. Non può il debitore (terzo) diminuire *la importanza del debito* sopprimendo le garanzie del credito e non sarebbe senza malizia, onde sottrarre alla legittima azione del creditore i mobili e gli effetti pignorati.

(2) Questa nuova forma di possesso *alieno nomine* suppone la validità dell'atto oppignorativo e il diritto dell'oppignorante.

(3) Non essendo effetti girabili nel senso vero della parola.

la chiamata del subalterno creditore che possiede di seconda o di terza mano la materia del pegno. Non si dissimula che strane combinazioni potranno suscitarsi dall'intreccio degli interessi, non facilmente estricabili *a priori* dalla teoria (1); fra le altre scabrosità vi sarà questa, che gli effetti della garanzia dovranno forse ricuperarsi dal secondo o terzo creditore pignoratizio che attualmente li possiede, e costui potrà opporre dei diritti propri, eccezioni personali, per non esserne spogliato giusta le osservazioni da noi fatte ai numeri sopra indicati alle quali ci riportiamo.

669. Tornando ai rapporti meramente contrattuali e agli obblighi del creditore che ritiene il pegno, conviene aggiungere qualche schiarimento alla qualificazione di *depositario* che gli abbiamo spesso attribuita, e riporre in più certi confini la sua responsabilità personale.

Assomigliando il pignoratario al depositario, non accenniamo ad una posizione identica, ma a qualche cosa di analogo e a qualche aspetto sotto il quale si può dell'uno e dell'altro il medesimo affermare. Così se il deposito è custodia della cosa altrui, è pure custodia della cosa altrui il pegno; e come il deposito esclude la disponibilità del depositario, anche al pignoratario è negata la disponibilità; e se l'uno è responsabile della conservazione, l'altro n'è pure responsabile. Ma queste si direbbero le caratteristiche generali; misurando i gradi, si concepiscono tosto le differenze. Noi intendiamo senza spiegazione cosa voglia significarsi, quando si dice che in faccia all'oppignoramento giudiziale il creditore pignoratizio diventa semplice custode e depositario. Vediamo la posizione degradarsi, per così dire, a colpo d'occhio. Si sente che una disponibilità limitata è divenuta anche più limitata, o negativa del tutto. Come il possesso è sempre una percezione dell'animo e un fatto di coscienza, lo spirito subisce una modificazione; il pignoratario ha la coscienza di un diritto più esteso, di qualche maggiore libertà, come quella di subimpegnare; ridotto a depositario, e senza mutazione di stato materiale, egli sente cadersi in una passività completa, e di essere in tutto alla disposizione altrui; aspetta che ad ogni momento gli s'intimi la restituzione; non ha più un diritto sul quale misurare il tempo del suo possesso. Le parole sono idee; le scienze vogliono, per trattarle, una grande precisione di linguaggio; in questo modo le nostre qualificazioni sembrano rettificate.

Tutti codesti possessori, soggetti a render conto del modo del loro possesso e tenuti della conservazione, sono esposti a responsabilità personali. Il loro obbligo è della stessa natura, solo è più o meno rigoroso; ossia il fatto loro è più o meno severamente giudicato. Di ciò le antiche legislazioni si occuparono *formulando i gradi della colpa* (lata, lieve, lievissima); partizione famosa che ha finito col sembrare troppo sistematica, e tenere più del convenzionale che del reale, non potendosi posare alcun dato secondo il quale quei gradi della colpa siano discernibili; quindi non è più ricevuta nei moderni Codici. L'opposto della colpa si ritrova in quella diligenza che è solita in un buon padre di famiglia, e si direbbe nel senso naturale della conservazione; farai, gli si dice, delle cose altrui come delle tue proprie. Ma poichè la diligenza è più o meno squisita e superlativa, anco nei diligenti, la sufficienza di essa è commisurata all'obbligo morale al quale deve prestare un omaggio coscienzioso ed effettivo colui che è tenuto alla custodia.

Quindi dopo aver detto il nostro art. 1843 (del Codice civile), parlando del depositario, ch'esso « deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie », persuaso che in questo modo non si esprime l'estremo grado della diligenza soggiunge nel seguente « la disposizione del precedente articolo *si deve applicare con maggior rigore, ecc.* », espressione sostituita alla partizione classica della colpa; essa ammette tutte le sfumature, per dir così, della colpa, e lascia intera la facoltà ai giudici di apprezzarla.

Il maggior rigore, io dissi e mi piace ripetere, corrisponde al più stretto obbligo morale della custodia. La legge si è incaricata di esaminarlo in diverse combinazioni che prevede (2). Quanto v'ha più interesse dal lato del deponente e meno interesse, o anche mi-

(1) S'intende qualora il debitore assegnato non sia abbastanza solido per pagare il debito indipendentemente dall'esercizio della garanzia.

(2) ..... « 1° Quando il depositario si è offerto a prender il deposito;

« 2° Quando ha stipulato una rimunerazione per la custodia del deposito;

« 3° Quando il deposito si è fatto unicamente nell'interesse del depositario;

« 4° Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa » (articolo 1844)

nore spontaneità, dal lato del depositario la responsabilità è meno intensa; essa ascende e si aggrava in proporzione dell'interesse. Il deponente confida sempre di essere più assicurato quanto meglio retribuisce il depositario. Presso i romani il deposito è gratuito (1); per essi questa nozione era una verità. Erano logici dicendo che nel deposito non si presta che il dolo (2). Divenuta oggidì assai rara la specie dei depositari gratuiti, quelli descritti dal nostro articolo 1844 prestano la colpa lieve, non però lievissima; stando tali depositi *utriusque gratia* (3). E pure della colpa lieve risponde il creditore pignoratizio; e non della lievissima, come suole il comodatario nel cui solo interesse per ordinario è fatta la convenzione (4).

Ma lasciamo stare la nomenclatura antica e i gradi sistematici della colpa. Separiamo il dolo dalla colpa, anche *lata*. Fra chi si propone a scopo il male, e chi fa il male per una trascuraggine quanto si voglia supina ma ignorando di farlo, al vedere dei moderni vi è l'abisso. L'estrema negligenza potrà prender sembianza di dolo quando non si possa in altra guisa interpretare che per vera e decisa volontà di nuocere (5). Ma sarà il *dolo* e non la *colpa lata*, che altrove per un ragionamento teoretico ed astratto si confonde con quello. Noi facciamo della colpa un apprezzamento giusta fatti e circostanze e un giudizio subbiettivo. Noi saremmo imbarazzati a definire l'infimo e il supremo grado dell'accortezza e della diligenza; nell'atto pratico, tutto esaminato, riconosciamo se la vostra negligenza sia stata la causa vera per cui gli effetti furono guasti o perduti; e si presenta subito all'applicazione una regola generalissima di naturale diritto. « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno « ad altri, obbliga quello per colpa del quale « è avvenuto a risarcire il danno » (art. 1151 del Codice civile). Poi viene la colpa del genere negativo. « Ognuno è responsabile del « danno che ha cagionato non solamente per « un fatto proprio, ma anche per propria colpa « od imprudenza » (articolo 1152). Voi capite che il giudizio estimativo dei fatti è diverso secondo le varie impressioni della coscienza; che vi hanno spiriti più o meno severi per trovare in essi o non trovare la colpa, ma codesti giudizi noi li trarremo sempre dal fondo del nostro spirito. Voglio dire, non cominceremo già dal cercare in quale posizione giuridica si trovi colui del cui fatto si dee giudicare; se depositario gratuito o non gratuito, spontaneo o costretto, se un pignoratario per interesse

(1) Anche noi, ispirati dalla idea classica, scriviamo: « il deposito *propriamente detto* è un contratto *essenzialmente* gratuito » (articolo 1837 del Codice civile). È dunque che il deposito retribuito sia un *deposito improprio*, come sarebbe ad esempio il deposito detto irregolare? Io non lo credo; e quell'*essenzialmente gratuito* poteva bene modificarsi, atto piuttosto a produr confusione.

(2) *Institut. quib. modis re contrahitur, etc.* § *Præterea*. La dottrina volle parificata la colpa lata al dolo.

(3) « Ubi utriusque utilitas vertitur; ut in emplo « in locato, in dote, *in pignore*, in societate, *et* « *dolus et culpa præstatur* » (Leg 5 Dig. comm. vel contra). Quanto alla distinzione della colpa, vedi Bartolo alla detta legge, e Vinnio alle Istituzioni, titolo citato. — La colpa, secondo il testo, è la *media* valutata dalla dottrina.

(4) È quindi inesatto ciò che a questo proposito dice Troplong: « Le dépositaire rend un service à « autrui; le gagiste n'a la intention *que de rendre* « *service à lui-même;* et puisque c'est son intérêt « que le domine dans la réception du gage, *il faut* « *le mettre sur la ligne du commodataire*, et non « sur la ligne du dépositaire » (*Nantissement*, nº 426). Ma Vinnio, che se ne doveva intendere, commentando il § 4 *Creditor quoque qui pignus accepit* delle Istituzioni, al titolo sopra citato, e parlando del pegno, dice invece: « *Translatium est* in ejusmodi « negotiis *non levissimam culpam ut in commodato*, « sed levem dumtaxat præstari ».

Ad appoggiare la proposizione che mette *il pignoratario sulla linea del commodatario*, Troplong cita questo passo di Ulpiano: « *Venit autem in hanc* « *actionem et dolus et culpa, ut in commodato venit* « *et custodia: vis major non venit* » (Leg. 13, § 1, de pignor. act.). Ma non avvertì che in questo passo Ulpiano non allude al *commodato ordinario* che si direbbe proprio, come notano i glossatori a questa legge, e fra essi Accursio e Bartolo. Quale sia il commodatario ordinario, è dichiarato da Ulpiano medesimo nella Leg. 5 § *Nunc videndum*, Dig. commod. vel contra: « *Commodatum autem plerum-* « *que solam utilitatem continet ejus cui commodatur;* « *et ideo verior est Q. M. sententia existimantis et* « *culpam præstandam et diligentiam* ». Perciò del brano della Leg. 13 (si cum venderet) *De pignor. act.*, non può farsi una regola come vuole Troplong, quando non si aggiunga che il commodato di cui ivi si discorre è quello che si contrae *utriusque gratia*, che è il carattere del pegno. Credo che Pothier sia venuto in questa idea, che io però deduco dal testo, onde non occorrono opinioni benchè autorevoli. Troplong cerca di confutare Pothier (num. 129), ma con quale leggerezza!

(5) Tu hai lasciata aperta di notte la porta della stanza ove si trovavano i diamanti affidati alla tua custodia; intanto sono entrati i ladri e li hanno rapiti: indizi gravi fanno sospettare aver tu lasciata la porta aperta per agevolare il furto.

Digitized by Google

proprio esclusivo e comune al debitore; noi non ci occupiamo di questo, e ci proponiamo il semplice problema: Pietro col suo fatto o colla sua negligenza è stato causa del danno? È una risposta che, come dissi, astrae da tutte le combinazioni giuridiche: è una decisione di fatto. Non si considerano i *gradi della colpa* (concetto di relazione), ma si osserva soltanto se la colpa ci sia; se quel fatto o non fatto, produttore del danno, sia o no imputabile al depositario, al pignoratario o ad altro qualunque tenuto alla custodia. Quando siamo all'applicazione, il giudice non fa mica un ragionamento graduale: non dice punto e non può dire: sono convinto che il fatto vostro (non doloso) ha recato questo danno; ma vi assolvo perchè essendo *depositario* gratuito, potevate permettervi qualche licenza; qualche piccola omissione vi era permessa; poco importa se la piccola omissione abbia prodotto il danno grande, purchè a quella debba realmente accagionarsi l'evento, purchè non sia piuttosto caso fortuito non imputabile.

Non abbiamo dunque ragione per rinfrescare la classazione antica, che non esitiamo a dire scolastica, essendo desunta ma non delineata dal testo romano. Bisogna nondimeno avere in conto di qualche cosa la dizione dell'articolo 1843. Chi è retribuito, chi ha promesso una diligenza maggiore, chi tutela interessi più o meno delicati e preziosi; chi insomma è stretto *da più grave obbligo morale* (per riassumere la nostra espressione) è giudicato *più rigorosamente* quanto alla diligenza; ossia quanto all'imputabilità. Con questo criterio potremo risolvere qualche dubbio, qualche esitanza dell'animo nostro; ma quando è evidente che da quel fatto o da quella omissione è derivato il danno, e non da altra causa, ogni distinzione svanisce.

Articolo 192.

In mancanza di pagamento alla scadenza l'autorità giudiziaria, sul ricorso del creditore, ordina la vendita della cosa data in pegno e ne stabilisce il modo e le condizioni.

La vendita è commessa ad un agente di cambio se trattasi di effetti negoziabili alla borsa, e ad un pubblico mediatore, notaio od altro pubblico uffiziale se trattasi di merci, derrate o altri mobili.

Il creditore deve nel ricorso eleggere domicilio nel comune in cui siede l'autorità giudiziaria.

Copia del ricorso e del decreto che ordina la vendita dev'essere notificata a colui che ha dato il pegno, nella forma delle citazioni.

Non può procedersi alla vendita prima che sia decorso il termine di otto giorni da quello della notificazione.

Articolo 193.

È ammessa l'opposizione al decreto che ordina la vendita, purchè sia proposta e notificata prima del giorno stabilito per la medesima.

L'opposizione dev'essere fatta con atto di citazione al creditore per comparire a udienza fissa.

Se il creditore non ha eletto domicilio a norma dell'articolo precedente, la citazione può essere fatta alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ha pronunziato il decreto.

L'opposizione sospende la vendita.

670. *Abolizione del patto commissorio nel pegno. Se mascherandosi sotto forma di vendita redimibile, il Codice civile offra rimedi onde colpirlo nella sua transformazione.*

671. *Descrizione del procedimento.*
a) *Ricorso;*
b) *Quale sia l'autorità giudiziaria che dev'essere invocata;*

Digitized by Google

c) *Quali siano le facoltà del giudice in relazione alla procedura comune alle vendite giudiziarie;*
d) *Della forma del ricorso e della opposizione;*
e) *Quale la forma della opposizione;*
f) *A chi ne appartenga il diritto;*
g) *Se possa esercitarsi trascorsi gli otto giorni;*
h) *Come al sorgere di una controversia cessi la competenza del giudice d'esecuzione, e cominci quella del giudice cognitore; e come venga ad attuarsi la cognizione commerciale;*
i) *Motivo per cui la legge non dichiara quale debba intendersi l'autorità giudiziaria avanti la quale si procede per via di opposizione.*
Non tutte le questioni che sorgono per via di opposizione dovranno portarsi alla giurisdizione commerciale;
k) *Se la sentenza che ammette o rigetta la opposizione sia appellabile.*

---

670. Venuto il giorno del pagamento e questo non effettuato, il creditore avrà ricorso all'autorità giudiziaria: il quale indirizzo di cui niun debitore sembra aver bisogno, essendo del comune diritto, gli è dato perchè sappia e s'imprima bene nella mente ch'egli non può disporre del pegno non solo ad arbitrio suo, ma neppure in forza di un patto che lo autorizzasse ad appropriarselo « o a disporne » senza le formalità sopra stabilite » (art. 1880 del Codice civile) (1). Tutte le leggi civili hanno davvero manifestato un odio implacabile contro il *patto commissorio* nel pegno (2); nè potrebbe rapporto a noi spiegarsi coll'avversione profonda all'usura, mentre si trova scritto e consegnato alle tavole marmoree del Codice: « L'interesse convenzionale è *stabilito a volontà de' contraenti* » (art. 1831) (3). In effetto il contratto di pegno è snaturato e trabocca in una vendita senza prezzo.

Ci sia permesso, restando nel tema, domandare, se quella dell'articolo 1884 citato (che pur riceve una bella conferma nel nostro articolo 192) sia una legge di forma e di sostanza; se possa cioè la disposizione eludersi coll'artificio di una forma diversa. Non parlerò dell'antichissima *mancipatio fiduciaria*, non guarderò se veramente l'arcana formula contenesse il pegno. Quello che io veggo si è, che non si è mai fatto fatica a colorare un patto commissorio colla vendita a condizione di riscatto (4). *Quid* in questo caso? Io credo bene che le leggi nostre non consentano di disfare la convenzione quando sia sincera, cioè intesa fra le parti in quei termini (5), quantunque iniqua. Le vendite a termine con giro di cessioni e retrocessioni sono spesso infette di questa labe (6). Tuttavia io credo sarebbe inutile mostrare che *latet anguis in herba*, e che vi ha sotto un patto commissorio. Nella giurisprudenza della Rota romana sono frequenti le condanne di simili contratti che palliano l'usura; ma a noi non è dato disputare di usura palliata, sia perchè non ci curiamo dell'usura,

---

(1) Cioè stima di periti, per aggiudicarlo sino alla concorrenza del debito; o vendita all'incanto come si dichiara nella prima parte dell'articolo suddetto.

(2) Dalla Leg. 3, Cod. de pact. pignor., sino alla nostra età, tanto favorevole alla libertà delle convenzioni.

(3) I signori CATTANEO e BORDA hanno fatto delle note eccellenti sull'articolo 1831 (Codice civile italiano annotato). Essi, nelle note all'articolo 1831, chiamano la innovazione *ardita*. Il Codice sembra supporre *che gl'interessi* si vengano trattando fra pari e pari nella tranquillità di una contrattazione ben ponderata; ma può osservarsi che l'umile bisogno non discute ma riceve la legge: e che vi sono dei vampiri insaziabili che raddoppiano il capitale ad ogni dilazione che accordano. La libertà che vorrei più temperata nelle convenzioni civili, io l'ammetto interamente negli affari di commercio in forza di un altro principio che concerne l'interesse generale della commercialità.

(4) *A.* commerciante vende a *B.* altro commerciante cento pezze di panno delle fabbriche di Lione *per un prezzo qualunque*, e le consegna, col patto che nel termine di tre mesi potrà ricuperarle restituendo il suddetto prezzo. Le cento pezze valgono 140,000 lire; ma sono state vendute per lire 80,000 in grazia del patto di riscatto.

(5) Articolo 1115 del Codice civile: « Il dolo è » causa di nullità di contratto *quando* i raggiri » usati da uno dei contraenti *siano stati tali* che » l'altro senza di essi non avrebbe contrattato ».

(6) Un esempio vedine nella decisione della Corte di Torino del 17 febbraio 1853 (BETTINI, 1853, p. II, pag. 420).

sia perchè un contratto che si presenta all'estrinseco coi suoi elementi di validità, non prodotto dal dolo o dalla violenza, non è impugnabile perchè per avventura, scomposto il meccanismo della sua forma, potrebbe anche scoprirsi non esser altro che il patto commissorio (1).

671. *Del procedimento.*

Nei nostri due articoli 192 e 193 vediamo stabilirsi un procedimento *sui generis*, che ha dei riscontri nel Codice di procedura, ed è nondimeno di una flagrante specialità.

a) Processo alla semplice: comincia da un *ricorso;* ed è una delle eccezioni che presagisce a se stesso l'articolo 37 (Procedura civile). Ricorso adunque, e non citazione. Il creditore espone il fatto, unisce i documenti del credito, e fa la sua domanda in conformità dell'articolo 192.

Elegge il domicilio nel Comune *in cui siede l'autorità giudiziaria:* se ciò non eseguisce, egli si pregiudica per la minor sicurezza e prontezza delle comunicazioni che potrà fargli la parte contraria, opponente al decreto (articolo 193, capoverso ultimo).

b) *Ma l'autorità giudiziaria qual è?* Costava poco alla redazione il dircelo; ma pare che sia destinato alla nostra procedura di versare nella oscurità.

È forse al pretore in figura di giudice di commercio, o al Tribunale di commercio a grado della rispettiva competenza per ragione di somma, quanto dire alla giurisdizione commerciale, che la legge attribuisce il potere di ordinare e regolare la vendita? O non piuttosto al pretore civile che ha giurisdizione nel luogo ove sono le cose mobili da vendersi, e dove la vendita deve seguire? (2).

Per la prima opinione potrà osservarsi che non si tratta propriamente di atti esecutivi, ossia essere l'ordinamento misto di decisorio e di esecutivo; che deve primieramente statuirsi se l'asserto creditore sia veramente un creditore; se abbia titolo di pegno; se il pegno rimanga *actualiter* nel suo possesso; se il credito sia scaduto. Quindi è che l'autorità giudiziaria non ha soltanto una missione esecutiva onde si astrae dalla ragione del valore, ma conosce implicitamente almeno di quelle condizioni, e non trovandole verificate, respinge la domanda. E così stando le cose, qual'altra giurisdizione sarà competente se non la commerciale? Non si disputa fra commercianti? La materia non è forse commerciale, poichè voi vedete che si va persino a disporre di *effetti negoziabili?* Pare adunque che l'applicazione dell'articolo 723 del Codice di commercio, ni 1 e 2, non possa evitarsi.

Malgrado codeste ragioni che non mancano di gravità, io penso che si abbia a risolvere per la competenza iniziale del pretore (3).

Come parmi aver chiarito in più luoghi del mio commento sulla procedura, due ordini di competenza esistono; l'una distribuita per ragione di valore, di materia e di territorio, ed abbraccia in generale le controversie giudiziali d'ogni maniera; l'altra riguardante l'esecuzione dei giudicati e altri titoli esecutivi, non determinata che dal territorio. Si direbbero magistrati preposti alla esecuzione: il pretore se trattasi di pignoramento di cose mobili, il Tribunale civile, atteso la maggiore importanza, se il caso è di oppignoramento di immobili e di spropriazione.

Che il processo cominci dall'esecuzione non avendo per base verun giudicato da eseguirsi, nulla monta secondo il nostro sistema. I *titoli esecutivi* non consistono solo nelle *sentenze;* sono pure titoli esecutivi « le ordinanze e gli « atti ai quali sia dalla legge attribuito il ca- « rattere esecutivo. Gli atti contrattuali rice- « vuti da notaro o da altro uffiziale pubblico « autorizzato a riceverli » (articolo 554 del Codice di procedura civile). In ognuno di questi casi il processo comincia dalla esecuzione. Il pretore che in forza di codesti titoli esecutivi

---

(1) È una conclusione che alcuni dirà immorale; è nondimeno legittima, secondo il Codice. Una vendita di mobili a termine con patto risolutivo non potrebbe impugnarsi nè per contenere un'usura, che se ci fosse sarebbe convenuta, nè per *lesione*, perchè nei contratti di cose mobili questo rimedio è pure abolito. Resta adunque che si dica *il contratto esser quale dalla sua forma risulta*, escluso il dolo irritante, la violenza, la finzione, e dato il consenso. In tema generale il campo è assai esteso agl'illustratori del Codice civile; noi non vogliamo fermar l'attenzione che sul patto del quale è discorso.

Le discussioni che precedettero l'adozione dell'articolo 2078 del Codice civile francese (testimonio MALEVILLE), portavano i semi di questa specie di conversione di titolo, che alcuni però condannavano soltanto quando fosse posteriore, ammettendo che il debitore stesso poteva fare la vendita del pegno al creditore, che ZACHARIÆ ritiene valida (tom. II, § 434.

(2) In relazione agli articoli 630, 633, 639, 647 del Codice di procedura civile.

(3) Dico — *iniziale* — appresso spiegherò il vocabolo.

Digitized by Google

ordina la vendita giudiziale (articolo 623 del suddetto Codice), dapprima li esamina, ne riconosce i requisiti, cioè la loro giuridica esistenza ed autenticità; e può, non essendone persuaso, negare la richiesta vendita.

Ciò mostra, che la *missione esecutiva* non è la privazione di qualunque diritto di esame; solamente *il giudice non pronuncia* in modo aperto ed esplicito; non emette una decisione sulla virtù, giustizia, ed efficienza del titolo: la suppone.

In diritto giudiziario è veramente molto diverso, poichè il silenzio non ha mai fatto ostacolo di cosa giudicata: la pronunciazione, ristretta al proprio oggetto, non è più di un atto esecutivo, non pregiudica diritti, lascia alle parti la facoltà di valersi di altri mezzi per discuter quella che sarebbe questione di merito.

Pertanto niente osta che l'*autorità giudiziaria*, che è l'incognita dell'articolo 192, non sia il pretore del luogo nel quale va ad effettuarsi la vendita.

Il magistrato, preside della esecuzione, ha necessariamente le facoltà richieste dal fine; e non è nuovo che lo stesso pretore sia rivestito dell'onorevole funzione di prescrivere il sistema della vendita secondo la sua saggezza e prudenza. Così l'art. 639 della procedura: « Per la vendita delle azioni industriali il pretore può ordinare le forme speciali che creda « opportune ». Il loro mercato naturale (se sono listate) è la Borsa. L'articolo 192 dichiarando che *l'autorità giudiziaria stabilisce il modo e la condizione della vendita* non propone incarico che non sia correlativo alla funzione pretoriale, e quindi successivamente accenna che se *trattasi di effetti negoziabili alla borsa, la vendita è commessa ad un agente di cambio*, è quello appunto che il pretore suole ordinare nel caso del citato articolo 639.

La natura *commerciale del pegno* non esclude la competenza civile del pretore in fatto di esecuzione. È noto, e ne abbiamo dato superiormente un segno, che la regola di giurisdizione si modifica nello stadio esecutivo, poichè ivi non si tratta più di controversie di fondo, ma *simpliciter* di mandare ad effetto sui beni del debitore un titolo precedentemente creato nei modi legali. La giurisdizione commerciale cessa com'esaurita, o come fuori di applicazione, alla soglia dell'oppignoramento.

c) *I modi e le condizioni* della vendita sono forse per necessità d'ordine corispondenti a quelli che il rito dell'esecuzione stabilisce normalmente; o dipendono dall'arbitrio del giudice? In altri termini: è il giudice che detta e crea la procedura, o soltanto può, secondo le circostanze, introdurvi alcuni temperamenti e modificazioni?

Quello che colpisce immediatamente lo spirito, si è la eccezionalità di questo processo di vendita. Esso non ha verun diretto riscontro con quello stanziato nella procedura comune; non pubblicazioni edittali, non capitolati, non esperimenti d'asta regolati da norme imprescindibili. Certi effetti (come quelli negoziabili alla borsa) non si devono vendere coi modi comuni; gridarsi sulle piazze; e gettarsi ad un popolo di concorrenti che non ne intende il valore. Questa situazione particolare degli *effetti negoziabili alla borsa* è stata così bene compresa, che anche nella ordinaria procedura fu posta la eccezione indicata all'articolo 639. Ma l'articolo 192 declina assolutamente dalle forme ordinarie eziandio se *trattisi di merci, derrate ed altri mobili*, volendo commessa la vendita *a pubblico mediatore, notaio, o altro pubblico ufficiale* (1).

In questa specialissima combinazione del pegno commerciale si è adottato un sistema estremamente economico, nè solamente per le indicate categorie ma per quante sono le cose mobili; tuttavia giova aver presenti alcune distinzioni utili nell'uso pratico.

Effetti negoziabili alla borsa. Il pretore nomina allo scopo della vendita *un agente di cambio.* Può imporgli un termine ad averla effettuata. Osservando però che l'agente di cambio ha d'uopo di consultare il mercato e di aspettare le occasioni favorevoli, può trovarsi non molto provvido di metterlo alla tortura di qualche termine perentorio.

Merci, derrate ed altri mobili.

Non pare prefisso al magistrato della esecuzione di eleggere per questo o quell'oggetto un ufficiale di una certa classe (2): la legge ha fede nella prudenza del giudice. Senonchè la volontà del giudice potrà più o meno influire *sul modo della vendita*, secondo la qualità legale della persona alla quale l'avrà affidata.

Se la vendita è affidata *a pubblico mediatore*, converrà lasciarlo operare nel campo della sua naturale attività, senza imporgli troppe regole. Se l'affare è commesso al notaio, al

(1) Il cancelliere per esempio dello stesso pretore o un usciere.
(2) Per es., alle merci *un sensale di merci*, ecc.

Digitized by Google

cancelliere che non vanno essi medesimi per le piazze o nei porti in cerca delle buone occasioni e le aspettano al loro officio, il giudice troverà conveniente di tracciare una direzione all'uffiziale incaricato, ossia di formulare non solo il mercato ma i modi eziandio per effettuarlo. Si ecciterà un concorso, si farà un'asta al maggior offerente. Si pubblicheranno editti che dovranno contenere le cose essenziali a sapersi tolte dal modulo dell'articolo 630 della procedura civile. Termine congruo alla vendita; stime se occorrono; destinazione del luogo ove deve seguire la vendita; esposizione degli oggetti al pubblico per un certo tempo; queste ed altre sono facoltà del giudice (1). Vi hanno leggi alle quali il giudice stesso deve tenersi legato: l'articolo 623 (procedura suddetta) gl'impone di far precedere le stime trattandosi di oggetti preziosi; dovrà rispettarsi il metodo dell'articolo 625 nelle materie relative. Ecco la posizione non del tutto libera ma largamente provvista di facoltà discrezionali, che è fatta al giudice dell'esecuzione dal nostro articolo 192.

Crediti civili o commerciali non negoziabili alla borsa.

Per questa categoria la legge di commercio non autorizza il giudice a delegare: egli non avrà dunque per tale rapporto che il potere che gli deriva dalla procedura comune o dall'articolo 627 (2) (Codice di procedura civile), *I modi però e le condizioni della vendita* sono ancora nella sua podestà, secondo l'art. 192.

Non devi però inferirne che sia in arbitrio del giudice di prescindere dalle disposizioni degli articoli 619 e 620 della procedura, giusta le quali sarà fatta o no al creditore pignoratizio l'assegnazione del credito sequestrato, sino alla concorrenza del proprio. Il suo prudente e regolare arbitrio risorge quando si faccia luogo alla vendita delle ragioni di credito (detto articolo 620 in fine).

E così in diversa maniera tramutandosi gli ordinamenti perentori della legge in facoltà del giudice, anche il sistema delle nullità corrispondenti alla violazione del diritto, si modifica sostanzialmente. Il giudice stesso può commettere delle nullità abusando dei suoi poteri (le quali poi si rovesciano, per grazia del cielo, sui poveri litiganti); o possono commetterne le parti non osservando quelle ingiunzioni del magistrato che devono ritenersi nel giudizio suo della principale importanza.

d) Sul ricorso, atto di una sola parte, si pronuncia un provvedimento, che ha nome *decreto* (articolo 50 del Codice di procedura civile).

Notificare il ricorso e il decreto a forma delle citazioni significa: « alla persona del con« venuto mediante consegna di una copia (del « detto ricorso e decreto) sottoscritta dal« l'usciere » (articolo 135 del detto Codice), e colla osservanza di quelle norme e prescrizioni che sono indicate dagli art. 135 a 143.

Può dichiararsi che se nel termine di giorni otto dalla notifica non sarà fatta opposizione, si procederà alla vendita. Può anche non dichiararsi; ciò non lede la ragione del termine, e il notificato ha sempre diritto di valersene.

Bisogna ben aggiungere alla legge quello che non dice quando avrebbe dovuto dirlo, ed è certamente nella sua intenzione. Il termine di otto giorni è dato alla opposizione del debitore e di coloro che possono avere interesse immediato, ai quali la notificazione dee farsi. Ma il debitore può abitare molto lontano; ed ecco una questione sull'aumento del termine.

Intorno a ciò ritengo non si possa dall'interprete conceder nulla, e che dovrà il debitore contentarsi degli otto giorni. Come le strade ferrate ravvicinano le distanze, si finirà col valutare la influenza di queste nuove condizioni sociali. Checchessia, opportuno o no un termine più lungo, *sic voluit:* e qui non può dirsi celarsi un'intenzione che la legge non ha espressa.

e) *Quale la forma dell'opposizione?*

Due sistemi viene adottando il Codice di procedura civile in ordine alla efficacia degli atti giudiziari-unilaterali. Il *ricorso*, opera di una sola parte, è pure un mezzo di giustizia; difatti eccita una pronuncia di giudice, ma di sua natura risolubile. Noi non decidiamo mai *inaudita parte;* il sacro principio è novellamente proclamato dall'articolo 38 della procedura. La opposizione è di diritto. Per lo più la via del ricorso è adottata per cause d'urgenza, e può determinare anche un rapporto giuridico di pratica e reale efficienza come in fatto di sequestro. La notifica è la più essenziale delle formalità; il modo di procedere onde attuare la opposizione è vario. Talvolta l'atto di notificazione *contiene la citazione* (articolo 931, capoverso 2° del Codice di procedura civile): il giudizio è indispensabile. La legge accortamente prescrisse questo metodo

(1) Vedi anche ciò che veniamo a dire intorno all'articolo 196.

(2) Qualora si faccia luogo alla vendita, come vengo dicendo.

Digitized by Google

in quei casi nei quali il ricorrente ottenne un effetto reale, come appunto nel sequestro, e quando il decreto suol essere eseguibile malgrado la opposizione. Nel maggior numero dei casi la opposizione è una facoltà del notificato, e non ha mestieri di essere eccitata dal notificante (1). La iniziazione del giudizio contraddittorio dipende dal notificato; scorso il termine di legge, il diritto di opposizione è perento (come nei giudizi contumaciali): l'atto esecutivo o il decreto diviene eseguibile. La legge determina il modo, dichiara le conseguenze; si esige la citazione; l'opposizione, in termine, *sospende la vendita*.

f) *Chi ha diritto di fare opposizione?*

Senza dubbio colui al quale è notificato il ricorso col decreto; è, secondo il nostro articolo 192 (capoverso 3°) il datore del pegno; il proprietario reale o apparente del pegno. Questo è precetto; ma non deve credersi che esso contenga intero l'obbligo della notificazione, la quale dovrà talvolta estendersi ad altri che si riconoscano investiti *del diritto correlativo della opposizione*, per ragione di un interesse diretto, immediato, evidente, nella questione del pegno. Suppongasi dato da un terzo (articolo 1883 del Codice civile). Al terzo certamente dee farsi la notificazione, prescritto letterale del nostro articolo; ma non dovrà farsi eziandio al debitore al quale il datore del pegno non fa che prestare fideiussione? Il debitore del cui interesse si tratta, sarà lasciato nella ignoranza della esecuzione che va a praticarsi a danno suo? E se la materia del pegno fosse passata in mano terza, ad un secondo creditore, ad un sequestratario o depositario, giudiziale o convenzionale, è chiaro che anche a costoro la notificazione dovrebbe farsi come a possessori, cointeressati e naturali contraddittori della sua pretesa.

Ma quale sarebbe la conseguenza di una difettosa notifica quanto alle persone? Non certamente di privarle del loro diritto, posto che ne abbiano; ma il notificante porrebbe se stesso alla condizione di non attuare giammai, rispetto a quelle, la decorrenza del termine (2).

g) *Se il diritto di opposizione possa esercitarsi scorsi gli otto giorni.*

Il termine non è e non può esser perentorio *a tutti gli effetti giuridici*. Esso non è perentorio che *quoad executionem;* ossia protraendo la opposizione oltre quel termine, l'altra parte ha quesito il *gius* dell'esecuzione sino al punto in cui l'*autorità giudiziaria* (ho bisogno anch'io di stare sulle generali) non dichiari che allo stato degli atti, attese le eccezioni di fondo sollevate contro la pretesa, abbia a sospendersi la esecuzione.

Il non potere rinnovare la opposizione, l'essere il termine evidentemente perentorio (3), per quanto concerne la esecuzione, non toglie che anche posteriormente possa elevarsi la opposizione; la legge dichiara sino a quale momento. Dev'esser proposta e notificata *prima del giorno stabilito per la vendita* (articolo 193, in principio). Seguita anche la vendita, il giudizio di merito si potrà ancora riassumere ed ottenere il risarcimento dei danni.

h) Io ritorno a una distinzione che conviene aver chiara per non ismarrirsi nel labirinto.

Vi è un magistrato per la esecuzione, magistrato pacifico che la governa e dirige; che, quantunque non abbia in mano tutto il processo, come in qualche altra legislazione è disposto, vi presiede però come ordinatore; ma è costretto di arrestarsi in faccia *ad ogni controversia* quando il valore di essa superi la sua competenza ordinaria.

Perciò in mezzo al titolo generale *sull'esecuzione forzata* è venuto a cadere l'art. 570 (procedura civile), del quale in altra opera ci siamo occupati, e che torna a mostrarsi in questo momento.

Restringendoci nel nostro tema commerciale diciamo pertanto che, ove si proceda senza contrasto sulla via della esecuzione, o non si tratti che di provvedere al corso regolare della procedura esecutiva (fra i quali incombenti vi ha la nomina dei periti, la nomina degli ufficiali incaricati alla vendita, ecc.) (4), la competenza, per le ragioni superiormente avvisate, è del pretore; e se le cose corrono *de plano* sino al loro termine, in che dovrebbe intromettersi, che mai dovrebbe decidere il Tribunale di commercio?

Ma in quante guise sarà per ravvivarsi la sua giurisdizione! Qualcuna delle parti po-

(1) Esempi negli articoli 478, 502, 510, 578, 579 del Codice di procedura civile, ecc.

(2) I non notificati che avevano diritto ad essere notificati, possono esercitare *opposizione di terzi*.

(3) *L'opposizione sospende la vendita*. Si decade adunque dal diritto di far sospendere la vendita, non agendo nel termine: è uno di quei termini cui è attaccata la decadenza (articolo 46 del Codice di procedura civile).

(4) Esempi. Articoli 587, 603, 610, 618, 619, 620, 623, 624, 627, 628, 630, 633, 639, 652, ecc.

Digitized by Google

trà prevenire con un giudizio il ricorso esecutivo. Il debitore che ha veduto in aria il tiro che vuol fargli il creditore, lo cita avanti il Tribunale di commercio; domanda sia dichiarato o non esser valido il pegno, e non esistere il debito; o non essere giunto il termine del pagamento, che con lettera gli fu richiesto, o condannarsi il creditore ai danni per aver abusato del pegno, e via discorrendo. Alla pendenza della lite avanti il competente magistrato il pretore s'inchina: l'ufficio suo di giudice esecutore rimane interdetto.

Ma tenendo che il ricorso abbia potuto aver luogo, e il decreto sia stato pronunciato e notificato, potranno, mediante l'opposizione, *sorgere controversie sulla esecuzione*, e potranno sorgere controversie *sulla causa dell'esecuzione*, ossia sul titolo e sul diritto.

L'articolo 570 della procedura civile distingue realmente codeste posizioni giudiziarie per regolare la competenza, la quale, al sorgere della controversia, cessa di esser rappresentata *simpliciter* dall'elemento territoriale, dedotto dal luogo della esecuzione, mentre a questo elemento viene ad aggiungersi quello eziandio del valore. In tale combinato rapporto o la causa rimane al pretore, come giudice del diritto, o sale al Tribunale civile, secondo il valore; ma sempre in quella cerchia locale in cui si effettua la esecuzione.

Ma se la controversia si appalesa sulla *causa della esecuzione*, sul titolo e sul diritto; e la materia sia commerciale per sè o resa tale dalla qualità delle persone, allora *la stessa considerazione dell'elemento territoriale-esecutivo* cessa; e si ha la giurisdizione commerciale ordinaria secondo la legge normale del procedimento.

Nei casi più comuni e più frequenti non cominciando il processo dall'esecuzione, ma la esecuzione essendo il portato di una sentenza eseguibile, è manifesto che questioni di titolo e di diritto, questioni di fondo, non potranno farsi nel corso del giudizio esecutivo perchè decise dalla sentenza, e tutto lo sforzo verrà come a concentrarsi per solito nella *opposizione al precetto* (1); e queste pure si propongono all'autorità giudiziaria competente a *norma dell'articolo* 570 (art. 580 della procedura civile). Ma dove il titolo è nato, diremo così, colla forza esecutiva in se medesimo; e perciò non fu discusso e cribrato in un precedente giudizio (2), siate certi che la questione che non si è fatta prima della esecuzione, si farà, dopo cominciata, *sulla esistenza, sulla entità o sulla interpretazione dell'obbligazione* (3).

Qual è mai l'effetto dell'opposizione agli atti della vendita ordinata dal pretore in materia di pegno commerciale? Aprire una discussione di merito, un giudizio nuovo avanti il tribunale di commercio. I *tribunali di commercio in questo caso ne conoscono* (cioè della obbligazione), *osservate le norme stabilite dalla legge per la loro competenza* (articolo 570 suddetto). Ed eccoci rientrati nella giurisdizione commerciale per la porta dell'opposizione fatta avanti un pretore come giudice esecutivo (4).

In una procedura di questo genere che affetta di essere speditiva, restano nonostante aperti gli aditi al più completo giudizio di merito sulla obbligazione del pegno e su tutte le sue conseguenze.

i) *Perchè ordinando la forma della citazione a udienza fissa, la legge non dichiari avanti quale autorità giudiziaria debba farsi* (5).

Non può idearsi opposizione se non rivolta all'autorità procedente che pronunziò il decreto; ma l'autorità procedente non è sempre quella che possa render giudizio sulla opposizione. La legge scivola anche questa volta con larga prudenza sulla specie del magistrato, sendo in effetto che o può il giudizio stornarsi dal seggio pretoriale e portarsi, come si diceva, al tribunale di commercio, o può prose-

(1) La natura delle quali opposizioni fu per noi esaminata commentando l'articolo 580, 581 ed altri della procedura civile (Codice di procedura civile annotato, Unione Tipografico-Editrice Torinese).

(2) Così « gli atti contrattuali spediti in forma esecutiva » (detto articolo 570).

(3) Onde lo avviso che poco o niente giovi nè alla semplicità nè alla celerità il far precedere la esecuzione alla discussione del titolo, comunque sia questo munito del miglior grado di autenticità; e sarebbe forse meglio andare per ordine: prima la sentenza, indi la esecuzione.

(4) L'atto di opposizione potrà contenere copia della citazione inoltrata al tribunale di commercio, con protesta che pendente la lite nulla abbiasi ad innovare, e gli atti d'esecuzione rimangano sospesi, giusta il tenore dell'articolo 193, capoverso ultimo del Codice di commercio: atto che gioverà depositare con comparsa della parte, o di procuratore autorizzato, alla cancelleria pretoriale.

(5) *A udienza fissa.* — Il presidente del tribunale civile o il presidente del tribunale di commercio, ovvero il pretore, fissa l'udienza per comparire (articolo 133 della procedura civile); il decreto sarà trascritto nella citazione contenuta nell'atto di opposizione.

Digitized by Google

guirsi avanti lo stesso pretore, che funge nella triplice qualità di giudice esecutivo, di giudice civile e di giudice commerciale nei limiti di L. 1500. Non tutte le questioni saranno commerciali. Ve ne ha del *genere esecutivo*. Esempio. Il creditore che domanda la vendita non ha presentati gli effetti del pegno, o non può presentarli essendo in mano di terzi; non può dunque, in tale stato di cose, procedersi alla vendita. Una questione così posta prescinde da ogni cognizione d'indole commerciale, e non può essere trasferita al tribunale di commercio. È il giudice di esecuzione che deve provvedere sulla materia della vendita (1). L'opposizione non basata che su difetti di procedura, non potrebbe presentarsi al Tribunale di commercio. Si pretende che il ricorso non sia regolare perchè non firmato; o si vuole il decreto inosservante delle prescrizioni, mentre in tema *di effetti negoziabili alla borsa* il pretore ha ordinato la vendita all'asta pubblica, anzichè deputare un agente di cambio? Nulla vi ha che sorpassi la competenza esecutiva, onde abbia a farsene un regalo alla giurisdizione commerciale (2).

l) Se la sentenza che ammette o rigetta la opposizione sia appellabile.

Il decreto del pretore si cangia in sentenza, appresso la opposizione, supposta la di lui competenza. La sentenza che ammette o rigetta (3) non è fra le escluse dal rimedio dell'appello (articolo 755 detto). Ciò basta per riporla fra le appellabili, nei termini però e nei modi indicati negli articoli 656 e 657 della stessa procedura.

Articolo 194.

Le precedenti disposizioni non derogano alle leggi ed ai regolamenti particolari concernenti le banche e gli altri istituti autorizzati a fare anticipazioni e prestiti sopra depositi e pegni.

I pegni sulle navi sono regolati dalle norme speciali stabilite nel Titolo II, Libro II di questo Codice.

672. *Cenni sugli istituti dei Monti di pietà.*

672. Si fanno prestiti contro deposito di titoli, di merci, di oggetti d'oro, d'argento, di qualunque genere, i quali restano vincolati al rimborso con diritto di privilegio, e ne costituiscono il Pegno. I Monti di pietà sono principalmente dedicati a simili operazioni che, per quanto suona il nome, intendono al beneficio del povero. I nostri Monti di pietà non sono però, come in Francia, i successori delle antiche banche di prestito israelitiche e lombarde, ma rammentano origini più umanitarie. Il prestare su pegni anche di minimo valore non è il solo istituto dei Monti di pietà; da secoli sono custodi fedeli e liberali di ogni maniera di depositi preziosi o ricchissimi, considerati dalla coscienza pubblica come cose sacre; onde gli spogliatori dei Monti di pietà in ogni tempo si coprirono d'infamia. I francesi sembrano averne un'idea diversa (4), e non ne furono rispettosi in Italia in epoche eccezionali, a noi memorande. Presso di noi, quantunque stabilimenti di credito come gli altri congeneri, i Monti di pietà hanno deposto, se mai l'ebbero, il carattere commerciale (5). I Monti di pietà hanno generalmente delle dotazioni e rendite proprie (6). Non hanno veruna somiglianza colle Compagnie di *docks* inglesi, nè rilasciano *warrants* o *certificati di magazzinaggio;* titoli circolanti come quelli istituiti in Francia coi decreti del 21 e 24 marzo 1848.

(1) Questo diciamo sotto il freno dell'articolo 572 della procedura civile.

(2) È sempre nel senso di escludere la cognizione commerciale che noi proponiamo queste idee: del resto potrebbe la controversia, secondo la somme, appartenere al tribunale civile.

(3) Eccettuato il caso che il motivo non sia unicamente nella tardività della opposizione (art. 655, num. 4° del Codice di procedura civile).

(4) COURCELLES-SENEUIL, liv. II, chap. XII.

(5) I monti di pietà di Roma erano un po' troppo negozianti di moneta qualche secolo addietro, giovando più ad infidi amministratori che al credito dello stabilimento.

(6) Sento che il Monte di pietà di Parigi non ha capitali, ma si procuri dei fondi negoziando a capitalisti biglietti all'ordine o al portatore.

Digitized by Google

Articolo 195.

La disposizione dell'articolo 1884 del Codice civile, in quanto concede facoltà al creditore di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento fino alla concorrenza del suo credito, non si applica alle materie commerciali.

Del resto, in quanto non sono contrarie alle presenti, si applicano le disposizioni del Codice civile.

673. *Motivi della applicabilità dell'articolo 1884. Se in determinati casi il creditore procedente diventa assegnatario del pegno giudiziale, ciò deriva da regolamenti estranei alla disposizione suddetta.*

674. *Nondimeno è lecito il patto col quale il debitore accorda al creditore l'alienazione del pegno convenzionale a prezzo di stima.*

---

673. La legge commerciale ha avuto dei forti motivi per escludere l'applicabiiltà della prima parte dell'articolo 1884 del Codice civile (1). La disposizione è più liberale della civile, più favorevole al debitore, più consona allo spirito del commercio. Il creditore può avere speculato su questa circostanza; vero è che non potrà mai impadronirsi del pegno, dovrà riceverlo dalle mani del giudice e a giusta stima, ma quelle benedette stime non cimentate al concorso e non sanzionate dalla pubblica opinione, sogliono lasciarci tanto desiderio: sono così variabili! Quanto è meglio tutelato l'interesse del debitore se alle stime (ove pure siano necessarie) aggiungasi l'invito alle pubbliche offerte!

Inoltre; vi hanno materie e subbietti di pegno che oppongono una vera resistenza all'aggiudicazione iniziale e, si direbbe, preventiva, a favore del creditore. E sono gli effetti negoziabili alla borsa, che non avrebbero altro valore di stima se non l'opinione commerciale che domina in quel momento, e ne avrebbero un diverso momenti dopo, e non si può in sostanza saper cosa valgano se non sul mercato, e in mezzo al fuoco delle offerte e delle inchieste. Ciò presso a poco è a dirsi delle *derrate* e delle *merci*, regno dei mediatori pubblici e dei sensali; e cosa sono le stime di periti? Opinioni individuali. Che è il mercato? L'opinione collettiva. Il perito difatti non intende che di fare testimonianza di quest'opinione collettiva; tuttavia, ripeto, essa non è che individuale in lui; egli crede che il mondo commerciale creda così; e vi fa entrare, anche senza accorgersene, i suoi propri criteri.

Più ancora. I pubblici mediatori non vanno oziosamente ad interrogare il mercato; essi ne approfittano; ed è veramente il solo mezzo per cogliere la palpitante attualità del prezzo.

La legge di commercio non rifiuta però gli altri temperamenti di prudenza presagiti dalla legge di procedura. L'articolo 195 non ha abolito gli articoli 619, 620, 638 del Codice di procedura civile.

Nella naturale ed ordinaria evoluzione del processo di vendita mobiliare vengono ad incontrarsi quelle disposizioni nelle quali l'assegnamento al creditore procedente (2) diventa realmente un diritto di lui, e un dovere del magistrato, alle condizioni nei detti articoli dichiarate (3). Quella facoltà di assegnamento è in rapporto con due maniere di cose mobili: *somme esigibili*, crediti (art. 619, 620, detti); *oggetti stimati*, senza offerte, o con offerte inferiori alla stima (articolo 638). Ma è una os-

---

(1) « Il creditore non può disporre del pegno « pel non effettuato pagamento: ha però il diritto « di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi « per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto ».

Il principio consacrato nella seconda parte dell'articolo 1884 rimane invulnerato.

(2) Che supponiamo il creditore pignoratizio: ma potrebb'esser altri: se per caso un terzo, creditore del proprietario del pegno, ne avesse *fatto pignoramento* presso lo stesso creditore pignoratizio.

(3) Fra le quali, non esservi concorso di altri creditori, poichè dovendoli trattare alla pari, non si potrebbe dare preferenza all'uno sull'altro, salvo accordo fra loro.

Digitized by Google

servazione ben semplice, che un tale esito appartenendo all'ultimo stadio del processo di vendita giudiziale, non ha luogo per quelle che si eseguiscono dagli ufficiali del mercato (pubblici mediatori); o da quelli che quantunque addetti all'ordine giuridico (notai, cancellieri), incaricati di una funzione di fiducia, non denno e non possono arbitrare il pagamento al creditore, ma il dover loro è di deporre alla cancelleria del giudice ordinante il ricavato della vendita.

Ed è pur facile il vedere che tale assegnamento non è più riferibile al *pegno convenzionale*, ma viene a cadere sul *pegno giudiziale*.

Ripetendo una nostra idea, il pegno convenzionale si altera nei suoi rapporti materiali quando subisce l'azione del pegno giudiziale. I mobili che stavano presso il creditore, oppignorati che siano in mano sua a pregiudizio del debitore proprietario del pegno, il possesso che il creditore ne aveva, si trasferisce nel giudice: il pegno però mantiene tuttavia la sua virtualità giuridica, trasformandosi in privilegio. L'assegnamento che si effettua in forza dei tre indicati articoli della procedura non muove quindi dal diritto di pegno, che più non esisteva nella primitiva sua forma; ma da un singolare aspetto del processo giudiziario, verificandosi: *a*) la qualità di creditore istante, o procedente, nell'assegnatario; *b*) un determinato stato della procedura esecutiva; *c*) il difetto di concorso. Se pertanto unico è il creditore, non si disputerà nemmanco di privilegio, che suppone sempre un concorso di creditori.

Che dedurne? Che l'inapplicabilità dell'articolo 1884 del Codice civile è veramente assoluta, e non riceve veruna applicazione diretta o indiretta neppure nella indicata fase del processo di vendita giudiziale.

674. Il patto col quale il creditore avesse stipulato che in caso di non effettuato pagamento potrebbe farsi assegnare il pegno sino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi per mezzo di periti, da eleggersi dalle parti o dal Tribunale di commercio, sarebbe forse nullo?

La soluzione dipende dal conoscere se l'articolo 195 contenga una disposizione d'ordine pubblico.

Quantunque consigliata dall'interesse del commercio, siccome si è da noi avvisato nel precedente numero, la disposizione non può dirsi d'ordine pubblico nel senso più rigoroso. Io credo valido il patto.

È stabilito che l'articolo 1884 del Codice civile *non si applica alle materie commerciali* laonde il creditore non *ha per legge* il diritto di farsi aggiudicare il pegno neppure a stima. Non si è però aggiunto, a somiglianza di ciò che nel suddetto articolo è scritto rapporto al patto commissorio, che *il patto contrario sia nullo*. La nullità pertanto, non comminata, avrebbe per solo fondamento l'idea che noi ci veniamo formando di una vera necessità ad escludere il fatto opposto, affinchè il sistema legislativo non venga leso in qualche suo principio vitale, e la sua ragione di essere non sia sovvertita. Non si può andar così lungi. L'interesse del commercio, io diceva, ha consigliato di non accordare ospitalità nelle pagine del Codice all'articolo 1884, che, trovato conveniente in materia civile, si è stimato meno atto, meno conforme ai bisogni del commercio. Ma l'interesse del commercio non ha consigliato soltanto questa disposizione, ma altresì tutte le altre che contengono il sontuoso lavoro del Codice, senza però che si possa inferirne che tutte quelle formule e tutte quelle ingiunzioni sono così necessarie a realizzare l'ordine prefisso dal legislatore che i patti non possano in molta parte derogarvi. Era bensì nell'interesse generale del commercio che non si voleva statuito al creditore quel pericoloso diritto; ma se il debitore stesso lo accorda, e potendo alienare il pegno a prezzo convenuto, è persuaso di alienarlo al creditore a prezzo di stima, è ben lontano che se ne offenda la moralità pubblica come nel patto commissorio, intrinsecamente iniquo e moralmente impossibile. Mentre nel Codice civile l'assegnazione a stima rappresenta una norma di legalità messa appunto in confronto del patto riprovato, potrebbe tramutarsi in convenzione iniqua una volta che le parti di comune consenso l'abbiano adottata anche in affari di commercio? (1).

(1) Stante il patto, la nomina dei periti dovrebbe chiedersi al Tribunale di commercio, come atto non semplicemente esecutivo, e che tiene alla sostanza del diritto.

TITOLO IX.

DELLE LETTERE DI CAMBIO, DEI BIGLIETTI ALL'ORDINE E DELLA PRESCRIZIONE AD ESSI RELATIVA

INTRODUZIONE

§ I.

Di alcune nozioni fondamentali.

675. *Ragione di metodo.*
676. *Del Valore come rapporto di cambio. Assume carattere oggettivo e normale quale risultato della opinione comune sopra una data materia mercatabile.*
677. *Valori come elementi, o istrumenti della ricchezza. Capitali.*
678. *Moneta, una delle forme del capitale nazionale. La sua funzione commerciale è superata dall'azione del credito.*
Dell'uffizio proprio della moneta di ragguagliare i prezzi di tutte le cose a un misuratore comune.
Influenza dell'alterazione avvenuta nei rapporti monetari sul mercato generale.
679. *Di altre cause meno straordinarie che modificano il commercio dei cambi.*

675. Vi sono dei fatti commerciali governati da principii in parte comuni, e che praticamente si aggirano in una sfera di negoziazioni analoghe; e tali senza dubbio si riscontrano gli atti di commercio indicati nei num. 4°, 5°, 6° e 7° dell'articolo 2 — *le operazioni di banca — le lettere di cambio e i biglietti all'ordine.* Ho quindi stimato util cosa di trattarne insieme.

Ma come spesso ci vengono sul labbro le parole — *cambio* — *valori* — *capitali* — *titoli* ed altri che rappresentano nozioni complesse, è d'uopo intendersi bene sul loro significato, che non è punto incontestato nelle scuole degli economisti, o è di vario e diverso senso, onde il discorso proceda senza equivoci, e il rapporto ideale ne appaia in tutta chiarezza. Pochi tratti dovranno bastarci, prescindendo da ogni discussione eccentrica.

676. Il commercio è uno dei più imperiosi bisogni della natura umana, e basterebbe a stabilire, contro la tramontata teorica di Rousseau, l'istinto della sociabilità anco nelle razze selvagge. Poichè non vi ha alcuno che possegga tutto ciò che gli è, o ch'egli stima essergli necessario, deve chiederlo ad altri; e nasce il cambio. E dal cambio si genera l'idea *valore*, quale *rapporto di cambio* (1): espressione della differenza che una cosa mercatabile ha verso l'altra in quanto è nella opinione

(1) Benchè poche cose mi convenga dire su questo argomento, spero di esser creduto dicendo che queste poche cose sono meditate, e vengono in sostanza dall'avere studiato tutti i sistemi, scegliendo quei pronunciati che mi parvero migliori.

La base del valore, considerato sotto forma di prezzo, o valore *di cambio*, è certamente *la utilità — il valor d'uso.* — Ove si fonda? nel costo di produzione? nel costo di riproduzione? In qualche cosa di oggettivo, o piuttosto nella volontà e nel desiderio degli acquirenti? È ciò che a noi non spetta di determinare.

Digitized by Google

comune (1). Perciò quando diciamo genericamente *il valore d'una cosa*, intendiamo ciò che comunemente si pensa intorno alla quantità di altri oggetti che possono con essa scambiarsi (2). In questo senso il *Valore* assume un carattere oggettivo come regola e norma a stimare le altre cose dello stesso genere, indipendentemente dall'atto singolare del cambio.

Altro è dunque il dire se una cosa *ha un valore*, e *quale ne sia il valore*. Ogni cosa atta a soddisfare un nostro bisogno è suscettiva di un valore, in quanto può esser cambiata con un altro valore. Essa può non avere un valore di attualità, quantunque possa acquistarne uno grandissimo, enorme, in date circostanze (3): ma non è questa la misura del valore. È anche vero ciò che altri osservò, non essere soltanto base del valore l'utilità reale ed effettiva; ma eziandio il lusso, la vanità, il capriccio.

E invero se codesti fatti e codeste tendenze sono generali in una società, producono dei bisogni reali che vogliono esser soddisfatti. È un bisogno sociale il lusso dal punto di vista economico, come sbocco ai prodotti delle arti, delle manifatture e delle ingegnose industrie d'ogni maniera. La vanità, il capriccio vi recano senza dubbio il loro valido contributo; ma considerati *come motivi* permanenti, entrano anch'essi fra i fattori di valore, e appaiono nelle infinite loro forme in tutte le società civilizzate ove sono ricchi, belle donne, o se non belle, di splendida apparenza o amabilmente volubili; ove sono teatri, corsi, feste pubbliche e private; ove insomma si vive. E questo è bene lo stato ordinario; chè del resto non è mai dallo straordinario che il valore si desume (4); o neppur da un capriccio, per dir così, fuori d'uso; da una eccentricità all'inglese, da un'affezione tutt'affatto particolare. Si direbbe *un valore singolare;* perchè in effetto quell'antiquario paga una moneta d'imperatore romano trenta volte di più che sarebbe venduta ad un museo qualunque, solo perchè è l'unica che manca alla sua collezione.

Per le quali cose è a ritenersi il Valore (5) un *rapporto generale*, formato dalla opinione comune; non importa con quali elementi (6), nè sarebbe improprio paragonarlo alla bussola che dirige i negozianti nel giro vorticoso degli affari.

677. Fin qui si è osservato il Valore nel suo aspetto primitivo, e può dirsi naturale. Rapporto essenziale del cambio; termine obbiettivo, quale derivato da una moltitudine di cambi e di negozi dello stesso genere, i quali combinandosi pressochè allo stesso punto, e misurando così la proporzione in cui i bisogni sociali si trovano con quella data materia, nella sintesi loro costituiscono la opinione pubblica del valore rispettivo.

Ma quando la parola *valore* è adoperata nel suo plurale, prende un significato diverso, e sfugge *la idea di relazione* che costituisce il suo significato germano o primitivo.

Valori sono, o *gli elementi della ricchezza*, o *gl'istrumenti della ricchezza*, nella loro singolare attitudine o funzione.

Valori nel primo senso sono *i capitali;* nel secondo le monete, i biglietti di banca, i titoli al portatore, o in generale le carte di credito (*titoli*) fornite delle prerogative commerciali.

Senza discutere cogli economisti, e tenendoci a quelle nozioni semplici che più convengono al commercio, diremo (7):

Capitale è sempre e costantemente *una somma di valori*, ossia di utilità economiche; ed esprime condizioni di solidità, di durata e di accrescimento possibile per naturale capacità di applicarsi o propagarsi in evoluzioni industriali senza numero secondo la propria qualità o natura.

Nel commercio pratico, nel linguaggio degli affari, il *capitale* ha senso inverso e oppositivo a quello d'*interessi;* a questi si attacca la idea della consumazione, a quello la idea della conservazione, della riproduzione; si direbbe della perpetuità. Di tal maniera gli stessi prodotti o frutti dei capitali *si capitalizzano* quando

(1) Anche la vendita è cambio o permuta: di cosa con cosa: un economista disse anzi essere meno di una permuta, o mezza permuta, poichè chi vende non ha in animo di conservare il danaro per contemplarlo, ma d'impiegarlo in altri acquisti.

(2) Onde chiamato da qualcuno *pouvoir d'acquisition*.

(3) *Haustus aquæ mihi nectar erit.* Un bicchier d'acqua in un deserto, un tozzo di pane ammuffito in una città assediata, può esser cambiato con un tesoro.

(4) Secondo l'esempio posto in una nota precedente, non si dirà mai che un bicchier d'acqua costa 100,000 franchi perchè un uomo vicino a perire di sete l'abbia comprato una tal somma.

(5) Con questa parola noi intendiamo sempre il valore *attuale*, *corrente*, naturalmente variabile.

(6) Spesso impossibili ad analizzarsi. Quanti mai ne concorrono a determinare alla borsa il valore delle obbligazioni dello Stato! E così dite più o meno di tutti gli altri.

(7) Quindi non ci occupiamo della genesi e della formazione dei *capitali*, su che molto disputano gli economisti.

Digitized by Google

non distribuiti agli azionisti rimangono fermi e depositati alla riproduzione, sia per ammortizzare debiti fruttiferi, sia per costituire nuovi fondi ad altre imprese.

678. *La moneta non è che una forma del capitale nazionale.* Che lungo affaticare degli economisti per istabilire che la somma delle monete metalliche, l'oro, l'argento, monetato o non monetato, non costituisce la ricchezza di un paese! Che sarebbe se non ci fosse che del danaro, ed ogni cambio dovesse farsi in danaro! Che sarebbe se ad una nazione mancassero le risorse immense del credito! Ciò non ha più mestieri di dimostrazione. Restano alla moneta metallica le sue note caratteristiche: 1° il valore intrinseco, e perciò la sua potenza cosmopolita, esercitando in tutti climi ove si commercia una facoltà cambiaria proporzionata al detto valore (1); 2° l'ufficio per eccellenza di porgersi istrumento e misura a tutti gli oggetti del cambio (2); 3° la durata e conservazione propria della sua natura materiale; 4° il costituire, eziandio inerte e non funzionante, la base precipua e più solida del credito; 5° il farsi largo assoluto, come a regina, dovunque passa; mentre al suono della moneta s'inchinano tutte le diffidenze, svaniscono tutti i dubbi che pur troppo rampollano frequenti sotto lo impero, innegabilmente più problematico, della opinione ossia del credito. È noto d'altra parte che la circolazione della carta, se presenti tranquillante sicurezza, è infinitamente più comoda.

La funzione mercantile della moneta può essere supplita e anche superata dai mezzi del credito; ma la sua virtù tipica di ragguagliare i prezzi di tutte le cose a un misuratore comune, è insurrogabile. Il rapporto fra *prezzo corrente* e *valore corrente* è abbastanza esatto, checchè se ne dica; o almeno si ritiene tale dagli uomini d'affari, e questo credo che basti, senz'andar nel sottile. Più vero è il dire che il commercio monetario può subire tali alterazioni, in forza di cause naturali o politiche, da produrre una espressione molto differente nel prezzo delle mercanzie, senza che i valori nel loro intrinseco subiscano un mutamento reale: mutamento che non si concepisce se non nella proporzione dei bisogni sociali che meglio appetissero questa o quella specie di cose, onde all'effettuarsi del cambio si trovasse che oggi è data per correspettivo maggiore quantità per esempio di grano e minore di cotone o di olio che non si facesse tre mesi prima. E questa sarebbe alterazione di *valori nelle cose* stesse mercatabili. Se invece scoprendosi nuove miniere aurifere, e l'oro bassando di prezzo, convenga darne di più per cosa che veramente non è ricercata e desiderata più di quello che già fosse quando costava una minore quantità d'oro, ciò avviene dall'essersi alterato *il valore della moneta*, ossia dell'istrumento misuratore dei prezzi (3). Ma qualunque sia il giudizio delle cause, secondo la scienza economica, il commercio non contempla che gli effetti che in vero sono gravissimi. Mostrano gli economisti che il mutamento avveratosi nel valore monetario, quando sia tale da rifluire su tutti quanti gli oggetti del mercato, porta il rialzo o il ribasso universale dei prezzi; ma il fatto storico (e il commercio si appaga del fatto storico) ha dimostrato il rialzo (4). Le miniere del Perù e della California hanno lasciata sulla economia sociale la loro impronta incancellabile.

A questo, che si direbbe incarimento universale del mercato, non momentaneo ma progressivo e crescente, conferisce evidentemente la civiltà colla creazione dei suoi mille bisogni, ignoti ai tempi meno inoltrati. Sotto il rapporto dei fenomeni del cambio e delle sue variazioni, devesi osservare che quando il movimento di ascensione è nella natura stessa delle cose, e cammina colla società, il commercio non ne risente scosse e sobbalzi come nei cangiamenti improvvisi e accidentali; e così avviene nelle grandi rivoluzioni cosmiche, inavvertite, perchè regolari (5).

679. Altre cause meno permanenti e più repentine modificano il commercio dei cambi.

Insegna la esperienza, che nelle abitudini ordinarie di una nazione bene costituita economicamente, il bisogno delle specie metalliche per la sua circolazione, e per le necessarie riserve, si mantiene pressochè uniforme. La moneta è quella che prende la minor parte; il moto più energico alle industrie ed ai commerci è impresso dalla funzione del credito.

(1) Anche indipendentemente dal suo valore editale, o estrinseco.

(2) Niuno dirà più che la moneta sia *segno rappresentativo di tutti i valori*, dopo i giusti rabbuffi di Giambattista Say.

(3) Ciò che dicesi dei metalli preziosi in generale, dicesi altresì dei mutamenti che si verificano nel loro rapporto secondo la maggior quantità d'oro o d'argento che corre in commercio.

(4) Perchè le cause del ribasso, nel continuo progresso delle risorse sociali, non sono state permanenti.

(5) Qualche altro riflesso si farà al § III di questa Introduzione.

Digitized by Google

Così non essendovi una incongrua e poco desiderabile abbondanza di capitale-moneta, e questo essendo costantemente impiegato, si riscontra una certa temperata regolarità negli interessi che tosto si sbilancia nei momenti di crisi finanziaria. Talvolta la crisi deriva dalla stessa prosperità molto prolungata degli affari; è quella che chiamasi *contrazione del credito.* Una serie fortunata di negoziazioni partorisce novelli capitali disponibili e pronti a fare le loro campagne; il credito si estende col sentimento del benessere, e colla persuasione che dà il successo e va all'esagerato. Nuove speculazioni; azzardi impetuosi: tutti vogliono navigare verso il nuovo mondo come all'epoca di Colombo. Le cadute, i fallimenti ne sono la conseguenza, d'ordinario su vasta scala e colla più disastrosa influenza sul credito, che a sua volta si ritira e abbandona i naufraghi nel momento in cui tendono le mani al soccorso. Nuovi trovati o aperture industriali colle loro prospettive ridenti di guadagni favolosi hanno attratto un esercito di avventurieri ai quali si sono associati commercianti di polso quali intraprenditori o sovventori a quella industria tumultuosa, e caddero insieme nel precipizio (1). Escono allora dagli scrigni prudenti i capitali monetari disponibili, e s'impadroniscono per un certo tempo del mercato da cui il panico ha respinto il credito, e gl'interessi s'innalzano oltre misura, sino al ritorno dell'equilibrio che non si fa lungamente aspettare, semprechè non si tratti di quelle cause che lasciano lunghe tracce di desolazione e cangiano quasi l'aspetto di un paese, come la guerra dei trent'anni, e di quei fallimenti che, attaccando le viscere dello Stato, trascinano una gran parte della fortuna pubblica.

§ II.

Operazioni di Banca.

680. *Dell'ufficio e delle operazioni dei banchieri. Cenni generali.*
681. *Esame delle operazioni dei banchieri.*
   a) *Commercio dei metalli preziosi;*
   b) *Depositi;*
   c) *Riscossioni e incassi;*
   d) *Arbitraggio. — Rinvio;*
   e) *Sconto;*
   f) *Prestiti personali semplici o con cauzione.*
682. *Operazioni di borsa rispetto ai banchieri e capitalisti.*
   Della influenza dei capitali disponibili, e dell'azione efficace dei capitalisti maggiori sul mercato della borsa.
683. *Continuazione. Fenomeni di borsa nel primo stadio di emissione delle azioni industriali.*
684. *Un tratto di storia dei banchieri italiani in omaggio di una recente opera del commendatore* L. Peruzzi.
685. *Compendio delle differenze che si riscontrano fra i servigi del banchiere (individuo) e quelli della Banca, come istituzione, rapporto al credito.*
686. *Banche di circolazione. Analisi della circolazione.*
687. *Continuazione dell'argomento. Attinenze della circolazione fiduciaria colla monetaria; della riserva metallica e della emissione dei biglietti di banca.*
688. *Banche di deposito.*
689. *Come le Banche di commercio operino sui depositi che ad esse vengono fatti.*
   Depositi in conto mobile — Depositi misti — Depositi a lungo termine.
690. *Osservazioni che occorre di fare intorno a pretese teorie conformantisi alle indicate distinzioni.*
691. *Credito mobiliare — Casse o Comptoirs di sconto.*
692. *Banche ipotecarie. Credito agrario.*

(1) Quanti ne hanno perduti gli scavi di California, le imprese idrovore e le speculazioni sulle strade ferrate!

Digitized by Google

693. *Della Legge del 14 giugno 1866 sulla organizzazione del Credito fondiario. Esame di una specie giudicata.*

Qual effetto potrebbe attribuirsi ad una legge derogatoria d'ordine pubblico sulle imprese preesistenti.

Diverso carattere della emissione di titoli fiduciari in quanto concerne il diritto comune ad ogni società, segnatamente in commercio di Banca.

694. *Passaggio storico.*

a) *Banca di Francia;*
b) *Banche d'Inghilterra;*
c) *Banche di Scozia;*
d) *Banche d'America;*
e) *Banche italiane.*

---

680. La Banca è una istituzione diretta ad esercitare le funzioni del credito con quell'ampiezza, con quella potenza e con quella persuasione che non può mai essere il retaggio di un individuo per quanto si voglia fornito di riputazione e di mezzi.

Non è inutile mettere a confronto l'ufficio del Banchiere con quello molto più esteso, e soprattutto più efficace, che esercitano le Banche.

Il banchiere è un uomo di commercio che offre i suoi capitali ed il suo credito alla industria, a tutti coloro che avranno le condizioni necessarie per approfittarne. È un commerciante come un altro; ma la materia che darà in cambio delle obbligazioni che assumeranno i terzi verso di lui, delinea la sfera delle sue operazioni. Nella sua qualità di banchiere, non opera che sui valori. Agente intermediario, negozia i titoli altrui e per altrui conto, e gli acquista e li mette in circolazione nel suo proprio interesse. Egli ha dunque *un banco di circolazione* (1); e ne ha pure, invariabilmente, *uno di sconto*. Non c'è banchiere che non faccia degli sconti, che non presti cioè danari ad interesse, e non acquisti effetti cambiari, anticipando il prezzo con quell'indennità che il tempo e la distanza permettono (2). Il banchiere accetta i depositi per lo più di valori, e individualmente fa o può fare l'ufficio di una *banca di deposito*. Apre crediti anche di somme illimitate sulla base di un conto corrente, o mediante cauzioni ipotecarie. Nè in queste si riassumono tutte le operazioni del banchiere che verremo esaminando un po' più d'appresso.

681. *a*) Fra i più solenni lavori del banchiere è *il commercio dei metalli preziosi*. I banchieri, come li chiama il prof. Boccardo, sono i primi agenti della circolazione. La importazione od esportazione dei metalli coniati o in verghe in mano del banchiere non è solamente un oggetto che molto solletica la speculazione, ma se regolata nell'interesse generale, è un vero benefizio economico, affrettando il termine delle crisi monetarie e cooperando potentemente a restituire l'equilibrio dei valori. In tai momenti, che per fortuna sogliono essere di poca durata, qualche banchiere non isdegna *il cambio delle monete*, traffico ordinario di una classe inferiore che dicesi dei *cambisti*, essendo allora molto attraente per gli sbalzi e le repentine mutazioni dei cambi. I metalli preziosi in verghe e gli stessi dischi monetari fanno ufficio di merci; e gli uomini dell'arte hanno in essi, si può dire, la chiave di tutti gli altri valori.

b) I *depositi* fecero dai più antichi tempi il principale servizio che rendono al pubblico i banchieri, conservando le somme pericolanti presso i particolari, restituendole *a vista*, ad ogni richiesta. Con tale obbligazione è giusto che il banchiere non paghi interessi ai deponenti; come suol fare pei depositi a termine stabilito, o riferibili in conto corrente (3).

c) Il banchiere si occupa anche *di riscossioni ed incassi*. Con ciò s'incarica di operazioni che costerebbero lungo tempo e fatica ai creditori, ed esercita una *commissione* che lo costituisce mandatario rimpetto ad essi, laddove, nella sua qualità di commissionario, può agire in proprio nome rispetto ai terzi (4).

d) « L'*arbitraggio* consiste nel confronto « di varie operazioni di cambio per conoscere

---

(1) Il *banco* è rimasto ai banchieri; la istituzione che per lungo tempo si appellò con questo medesimo nome, e se antica, lo conserva ancora (Banco di Napoli, Banco e Monte dei Paschi di Siena), ora vuol chiamarsi *Banca*, e poco importa.

(2) Più specialmente intorno alla materia del contratto di cambio. — Vedi il num. III, di questa Introduzione.

(3) *Bancogiro*. Movimento di crediti e di debiti nel libro commerciale senza trasporto effettivo di somme.

(4) Articolo 68 e commento relativo.

Digitized by Google

« qual è la piazza che presenta maggiori vantaggi per trarre e rimettere le lettere di cambio » (Boccardo) (1).

e) *Scontare*, in linguaggio bancario, è acquistare un titolo anticipando il prezzo e prelevando un interesse ragguagliato alla distanza del termine di scadenza. La espressione non si applica che molto impropriamente al *prestito* che fa il banchiere, correndo la fede personale del mutuatario, laddove il contratto nel suo proprio senso *è reale*, costituendosi colla tradizione del titolo, benchè d'altra parte motivato dal credito che godono i firmatari del recapito, fra i quali lo stesso cedente.

f) Havvi poi la via regia *dei prestiti* sempre aperta al numerario, che ora si offre alle speranze della industria, ed ora al riparo degli insuccessi e delle ferite riportate nella lotta commerciale.

Il banchiere che non domanda cauzione, colorisce in ogni caso il prestito sotto forma di un effetto commerciale, ossia finge un'operazione cambiaria, ancorchè in fondo il contratto non abbia questo carattere. È l'abbiccì del banchiere che non dimentica mai. Egli vede la cambiale dappertutto. La cambiale è la sua garanzia, per quanto la persona possa meritare di fiducia. Ha bisogno di mettersi sotto la protezione della legge di commercio. Indarno la legge vi dirà ch'essa non accorda la sua protezione più efficace se non alle cambiali traiettizie; si fa presto a formulare una cambiale traiettizia, e, girandola, sfuggire a tutte le eccezioni.

Molto frequente per altro il prestito *con pegno di merci* o *contro depositi di titoli;* della natura del quale contratto fu lungamente favellato altrove (2). Più raro è il prestito *con ipoteca*, essendo di quelli che si fanno a scadenza lunga e non sono nelle costumanze dei banchieri.

682. *Operazioni di borsa rispetto ai banchieri e capitalisti.*

Esponendo gli articoli 28, 30 e 31 (ai numeri 120 e 121) si è data una idea delle operazioni di borsa. Nella parsimonia che ci è imposta dall'ampiezza del tema potrebbe bastare, se ciò che venne osservato in una relazione più diretta colle funzioni degli agenti di cambio, non richiedesse qualche altro sviluppo in ordine ai banchieri e capitalisti, che sono i veri motori di quella macchina gigantesca (3).

I corsi più importanti vengono iscritti sulla lista ufficiale degli agenti di cambio, e sono il lusinghiero oggetto della speculazione ardente. Il commercio distingue i titoli negoziabili (rendite, azioni) in quanto sono *collocati* e in certo modo destinati a restare nel portafoglio del capitalista o a non circolare che col metodo ordinario delle girate, ed in quanto sono ambulatorii e senza impiego determinato comprandosi per venderli, e vendendosi per ricomprarli al fine di guadagnare sul divario dei prezzi.

L'alzamento e il ribasso dei fondi: ecco lo studio e il grande affare degli speculatori; e l'arena sulla quale vengono destramente armeggiando con forme varie di contrattazioni che sfuggono alla legislazione positiva (4).

Vi sono avventurieri dappertutto; la borsa ne formicola. Ma il dominio rimane, come sempre, ai più forti. Capitalisti potenti, banchieri di prim'ordine, che si dedicano in ispecial modo a questo genere di speculazioni, sono quelli che danno il tono e fanno, si può dire, i corsi. Gli agenti di cambio vanno a cercarli, e ad essi inchinandosi, quasi ai re del mercato, imparano la regola di condotta che dovranno tenere alla borsa. I capitalisti mediocri, mancanti d'iniziativa, si contentano d'esaminare da qualche altura l'intrecciamento della lotta, e s'ingegnano di seguitare la vicenda che presenta miglior aspetto di riuscita. I piccoli o non abbienti, o poco istrutti, corrono a tutto azzardo, come alla rollina.

È noto che la oscillazione del mercato è mantenuta principalmente dai *contratti a termine*. Pietro, speculando sul rialzo del 5 % della rendita italiana che pende sul 60, fa nel principio del mese comprare da Paolo, coll'opera del suo agente di cambio, 200 m. lire di rendita da consegnarsi alla fine del mese (tempo della liquidazione), o anche *a piacere* (5). Se alla fine del mese il corso della

(1) Qualche altro cenno ne daremo al § III di questa Introduzione.

(2) Commento al titolo del Pegno.

(3) Anche questa volta debbo invocare indulgenza per qualche ripetizione necessaria. Ricorrendo le stesse materie, non può sempre farsi un rinvio puro e semplice a quello che si è detto in altro luogo, offrendosi sotto nuovi lati considerazioni anche nuove e distinte.

Prevengo che al fine di questa prima Parte, un indice ad essa relativo riunirà, a comodo dei lettori, i diversi numeri che discutono materie analoghe, le quali non possono, come in un trattato, concentrarsi in un sistema unitario.

(4) Vedi sopra, num. 120 e 121.

(5) Formola del mercato. In forza di questa clausola, il compratore a termine ha la facoltà di chiedere la consegna della iscrizione o dei titoli cinque

Digitized by Google

rendita si è elevato di una lira, e si registra a 61, Pietro ha lucrato 20 m. lire, e realizza il guadagno. Si comprende come quelli che dispongono di grandi capitali e conoscono il terreno si vantaggiano sopra gli altri, e giungono a dominare sino a un certo punto la situazione del mercato. Compratori pagano, e se il calcolo riesce, alla prossima liquidazione cade nelle loro casse il premio di un pensiero fortunato. Secondo loro torna, forzano nelle convenzioni a termine la consegna dei titoli, essendo sempre pronti al pagamento: quali venditori a termine, possono offrirli; ed operando in grande, imprimono nel mobile elemento del mercato quella stessa direzione che essi hanno avuto in mira, effettuando il rialzo o il ribasso a loro posta.

COURCELLE-SENEUIL (1) ne dà la seguente dimostrazione: « Gli speculatori di maggior polso, soliti ad occupare nei Riporti somme considerevoli (2), possono aumentarle o diminuirle come loro aggrada talmente da esercitare la più diretta e irresistibile pressione sui piccoli speculatori, facendo alzare o ribassare il prezzo dei riporti. Così una gran casa di commercio avendo impiegato dieci milioni in titoli, dieci milioni in riporti e altri dieci milioni in specie, avrà fatta una serie di mercati a termine e le occorre il rialzo. Essa getta i suoi dieci milioni di numerario sul mercato dei riporti il cui prezzo soffre un ribasso e li sostiene; gli speculatori al rialzo (ciò sono i compratori) al momento respirano e non sono stretti a vendere. Ed ecco un forte impulso al rialzo. Ma vuol essa questa casa potente produrre un ribasso per la liquidazione seguente? Essa ritira i venti milioni che ha collocati in riporti, con che costringe gli speculatori al rialzo di vendere in massa, non potendo più ottenere riporti. Questi speculatori si trovano così rispetto a quella casa di commercio nella situazione di un mutuatario su pegno al quale

giorni dopo aver prevenuto il venditore col messaggio dell'agente di cambio, variando però secondo gli usi.

(1) *Des opérations de Banque*, Parigi, 1861, lib. II, cap. XVI (quarta edizione).

(2) Del *riporto* si è toccato al num. 121. Ora giovi sviluppare di più la nozione per bene intendere il passo dell'autore al quale ci riferiamo.

Alla borsa il *riporto* s'intende in più modi:

1° È la convenzione che differisce il *mercato fermo* da una liquidazione all'altra.

Tizio ha comprato a mercato fermo L... di rendita da consegnarsi alla fine di febbraio. Volendo riportare la operazione alla fine di marzo, vende la sua iscrizione, indi la ricompra per consegna alla fine di marzo.

2° *Riporto* dicesi anche la differenza che esiste abitualmente tra i corsi *della rendita a contante* e quelli *a fin di mese*: differenza che risulta dal numero e dalla importanza delle operazioni a termine sia nel senso del rialzo che del ribasso.

La rendita 5 per % italiano è a 60 in contanti ed a 60 50 a fin di mese. Tizio compra a contanti lire 20,000 di rendita al prezzo di lire 240,000, e vende tosto, fermo a fine corrente, al prezzo di lire 242,000; guadagna a colpo sicuro lire 2,000, meno il salario dell'agente e l'interesse del proprio danaro per pochi giorni. — S'intende facilmente un'altra operazione in senso opposto. Quando nella pressa degli speculatori al ribasso la rendita si trova listata a 60 50 a contanti, a 60 a fin di mese, Tizio vende a contanti, e ricompra per la fine del mese, ed obbliga il compratore a consegnarli la rendita, o a pagare la differenza di lire 2000.

3° Finalmente la parola *riporto* ha un significato anche più ovvio, ed è quello espresso al numero 121.

Per quelli ai quali non è famigliare questo genere di affari, estendere alquanto la nota per meglio spiegare la cosa, non sarà sgradito.

Succede che in un periodo di rimarchevole tendenza al rialzo, si vende anche dagli stessi capitalisti, che vi trovano, come dicesi, la loro convenienza; e così una quantità più o meno ingente passa in mano agli speculatori. Ma gli stessi acquisti fanno loro ingorgo; i venditori che ora lavorano al ribasso, presentano a furia i loro titoli alla scadenza perchè hanno fatta, o dicono di aver fatta una vendita reale, e vogliono il pagamento immediato; e con ciò mettono il giogo ai compratori, forzati a loro volta a rivendere e a ritornare sul mercato la rendita acquistata. Non avendo mezzi per levare le iscrizioni sono costretti a transigere, a fare sagrifizi più o meno gravi per procurarsi danaro.

Mediante i loro agenti di cambio, trovano altri capitalisti che danno loro a prestanza i fondi necessari per levare le iscrizioni, e conservarle sino alla fine del mese seguente, con un indennizzo che si chiama *di riporto*. La rendita è rimessa al capitalista che ha fatto il prestito e rivenduta al termine suddetto allo stesso mutuatario al prezzo del suo primo acquisto. Egli spera che il tempo gli basterà per liquidare convenientemente o liberarsi dalla rendita; non potendo, siamo da capo e si negozia un nuovo *riporto*.

Perciò avvertii all'indicato num. 121 che una tale contrattazione si riduce a un *prestito*. Se il sovvenuto non può pagare, per una causa qualunque, la rendita rimane in proprietà del banchiere o capitalista che si è già accorto della ragia, e ha saputo farsi pagar bene il rischio al quale si espone di avere una rendita contristata dal ribasso prodotto da simili vicende di borsa (COURCELLE-SENEUIL).

il creditore nega ogni dilazione colla mira di comprare a vil prezzo la materia del pegno ».

Questo, che si direbbe il predominio dei capitali effettivi e del credito (aureola di cui si circondano i grandi capitalisti), sulla opinione del mercato dei valori, è nella forza delle cose, e per conseguenza legittimo. Ai grandi mezzi, i grandi effetti. I corsi *a contante* e i corsi *a premio* (num. 120 e 121) piegano sotto l'impero del danaro presente; il corso a contante regolato dalla bilancia dei riporti e degli sconti, che è sempre in mano dei capitalisti maggiori, è quasi il livellatore dei contratti a termine che non possono molto scostarsene senza essere ricondotti a quella proporzione coi mezzi sovra accennati.

È stato osservato che il corso a contante si stabilisce, nei tempi ordinari, sopra un piccol numero di vendite effettuate da particolari che non professano la speculazione e per loro bisogno. Il numero dei contratti o mercati a termine è di gran lunga superiore a quelli di contante; nondimeno essendo questi contratti reali per eccellenza, fanno in certo modo avvertita la speculazione di buon conto ed hanno un grande valore di opinione. Quindi il nome solo di quelle case che dispongono di vasti mezzi pecuniari, influisce sul mercato non meno del fatto, sapendosi che i loro negozi sono serii e seguiti dall'effetto. Se la casa Rotschild, Pereire o De Ferrari mira al rialzo, approssimandosi la liquidazione, basta che si sparga la voce volersi per essa acquistare una somma considerevole di rendite o di azioni sulle quali può avere interesse, e sui tre corsi il rialzo si manifesta immediatamente. Se si va nel senso del ribasso, si offre una forte quantità di titoli, e il mercato si deprime; e come l'arte operando sopra un corso d'acqua può comprimerlo onde il recipiente generale si presti a ricever comodamente l'acqua degli scoli che immettono in quello, così il ribasso che si è effettuato forse colla sola forza della idea, e si direbbe con un cenno di Nettuno, permette a quei capitalisti di liquidare favorevolmente i loro mercati a termine.

Credono gli uomini molto pratici che i rumori e le notizie politiche (generalmente parlando) non abbiano una influenza positiva sulla borsa se non perchè vi hanno di quelli che sanno approfittarne. Del resto una lotta d'interessi tra i forti potrebbe conferire alla libertà del commercio; ma suol esser rara. Piuttosto, indipendentemente da loro, si formano correnti al rialzo, al ribasso, secondo il presentarsi di nuovi capitali (rialzo), o di molta offerta di titoli e richieste di vendita (ribasso). Ciò opera al tutto naturalmente e senza artifizio; ma lo stato normale della borsa riproduce a non lungo andare (meno circostanze straordinarie) l'azione efficace dei capitalisti.

683. *Intorno alla emissione di azioni industriali.*

Continuando nel tema, si vogliono osservare alcuni fenomini soliti a presentarsi al tempo delle emissioni delle rendite industriali.

Nello stadio di emissione di azioni industriali che fanno un certo rumore nel mondo commerciale, suole prodursi un movimento essenzialmente diretto al rialzo.

Una compagnia fondata in un capitale di quaranta, cinquanta o più milioni, lo divide in tante azioni, per esempio, di lire 500, allo scopo di costruire o condurre una ferrovia molto ricercata. Gli azionisti devono, secondo il consueto, versare il prezzo delle azioni nel termine stabilito nel patto fondamentale, o in epoche successive. Acquistate immediatamente le azioni alla pari da molti capitalisti, sono anche onorate del primo versamento senza la menoma difficoltà. Questo fatto risveglia l'appetito dei piccoli mangiatori di borsa che si fanno ad assediare di domande per entrare nel convito, pagando anch'essi le azioni alla pari, ma colla ben nutrita speranza di rivenderle tosto con un premio più o meno vistoso, senza veruno sborso, o in realtà non hanno mezzi per farne. Estendendosi il cerchio degli speculatori, i capitalisti minori finiscono col muoversi verso quella corrente, riscuotendo i propri fondi dai depositi bancarii, realizzando prestiti ipotecari, raccogliendo insomma le loro risorse; ma finalmente vengono *cum sacculo* più o meno fornito. Peggio per gli speculatori d'azzardo, che avendo fatta molta pressione per vendere le azioni appena acquistate sulla parola, incontrarono delle offerte depresse in coloro che intesero il giro, onde rimasero esitanti, ed essi si trovano impacciati al momento del secondo versamento o in quelli che vengono appresso. Si perde allora il dominio della situazione e si vende per necessità. Prescindendo anche da circostanze che fanno spuntare qua e là qualche disinganno, come avviene di frequente, le azioni cedono sotto il peso delle affannose offerte e scapitano di valore, finchè assorbite dai grossi capitalisti si assestano, e seguono il corso della loro propria fortuna.

La parte dei solidi banchieri è seria in mezzo a quell'atmosfera agitata dai pipistrelli e dagli uccelli notturni della borsa, che se fosse possibile espellere sarebbe pure una bella cosa. I solidi banchieri non hanno niente da guadagnare nelle crisi artificiali che compro-

mettono la loro stessa posizione quando non siano forti abbastanza per imporvisi. L'onorata funzione del banchiere è collegata coi più evidenti interessi della società. Conservatore, come sono tutti quelli che hanno da perdere, egli è una delle colonne che sostengono l'edifizio della proprietà, ma comprende ancora che i suoi capitali non gli sono veramente utili se non associati alla industria operosa, sorgente primaria della ricchezza. Può il capitalista a buon diritto stimare se stesso quale uno dei promotori della produzione, ma a patto ch'egli non s'invaghisca delle fantasmagorie di borsa, che non producono niente pel bene generale. Una banca di speculazione sarebbe puramente e semplicemente un banco di giuoco; e peggio per la moralità se si vince a colpo sicuro. Il capitale ha bisogno di farsi perdonare il lustro e l'agiatezza che procura ai suoi possessori; e deve mostrarsi ai diseredati dalla fortuna quale benefattore. Non gli si domanda di essere generoso, ma intelligente del proprio interesse coll'applicarsi alle utili industrie e considerare come propria la prosperità delle classi che hanno bisogno di lui.

---

684. Non si potrà discorrere delle Banche senza inchiudervi un po' di storia; ma la storia delle Banche non è quella dei banchieri, come la storia delle istituzioni non è quella degli individui che le hanno precedute o anche preparate coi loro sforzi isolati, quantunque diretti ad uno scopo conforme, più tardi meglio raggiunto. Potrebbe dirsi che la storia dei banchieri consiste in quella dell'arte loro; e questo essendo verissimo, chiediamo di essere dispensati da un lavoro di erudizione che farebbe un libro non che una digressione soverchiamente eccentrica. Ci ha preso vaghezza di far conoscere alcune particolarità storiche dei banchieri di Firenze, celebri già per tutto il mondo, atteso l'apparizione di un nuovo lavoro, che merita di essere conosciuto ed apprezzato (1).

Nell'epoca culminante della potenza ecclesiastica, inaugurato da Gregorio VII il papato politico e conquistatore, i mercanti fiorentini si accostarono a Roma ricolma di ricchezze, e ne divennero i banchieri. Se ne ritraessero grossi guadagni, può immaginarsi. L'*arte del cambio* progrediva già in Firenze, nè fece allora le sue prime prove: però su quel periodo venne iscritta fra le arti maggiori. Vuolsi però che esistesse in Firenze prima del secolo XIII, essendochè i suoi consoli presero parte nei trattati economico-politici stabiliti fra i Fiorentini e i Senesi.

Ecco come discorre il PERUZZI di quel periodo storico: « Nel 1194 si trovano citati « (MURATORI, *Annali d'Italia*, tom. VII, p. 149) « i prestatori fiorentini allorchè il marchese « Aldobrandino d'Este fu obbligato a ricorrere « a loro e impegnare i suoi beni allodiali per « ottenere il danaro necessario e sostenere il « partito d'Innocenzo XII: molto più tardi, cioè « nel 1228, diverse compagnie fiorentine erano « stabilite in Londra come banchieri del re « Enrico III. E rilevasi dal Codice di Cencio « Camerario che nel 1233 papa Gregorio IX « fece quietanza con suo Breve (da lui tra« scritto) ai prestatori fiorentini e senesi delle « riscossioni della rendita pontificia fatta per « suo ordine in Francia, in Inghilterra e al« trove » (pag. 135).

Nel commercio esteriore i Fiorentini erano stati preceduti di lunga mano dagli altri popoli italiani famosi nella navigazione (Veneziani, Pisani, Genovesi). Si narra che questi nell'epoca delle prime crociate facessero nei trasporti di quelle immense spedizioni maravigliosi guadagni. Non si trova negli atti ufficiali d'Inghilterra fatta menzione delle compagnie fiorentine avanti il 1228, ma veramente gli agenti delle case bancarie fiorentine vi si erano introdotti, regnando Giovanni Senzaterra (1199) ed Enrico III (1210), procacciando l'interesse del danaro pontificio in quella loro così utile rappresentanza della Corte di Roma. Stabiliti colà con grande onore i banchieri toscani (2) colle rimesse e trasporti di valori attraverso i mari, esercitavano in grande il commercio del cambio; e prestavano somme ai sovrani d'Europa (PERUZZI, pag. 173).

Chi prendesse a scrivere la storia del commercio italiano in quei secoli per noi di sanguinose discordie e di vigorosa libertà, e non della sola Repubblica fiorentina, benchè già tanto illustre, farebbe cosa utilissima e degna di alta lode. La gloria della politica e delle armi si vedrebbe splendidamente accoppiata

---

(1) *Storia del commercio dei banchieri di Firenze dal 1288 al 1345*, del comm. L. PERUZZI (Firenze, coi tipi di M. Cellini alla Galliziana, 1868.

È un libro della più squisita e pellegrina erudizione, lavorato su documenti originali e manoscritti inediti. Questa preziosa opera sparge una nuova luce su quella età splendida pel commercio italiano.

(2) Senesi e Lucchesi, oltre i Fiorentini; senza però pareggiare questi ultimi.

Digitized by Google

agli ardimenti del commercio, rappresentando in faccia al superbo straniero la seconda èra della grandezza italiana.

E senza trattenerci di più sul commercio estero degli Italiani, chiudiamo questo breve periodo storico (1).

Ci basti un altro tratto che accenna al concorso dei banchieri nelle necessità della Repubblica.

Il *debito pubblico* era una lebbra sconosciuta agli Stati che vivevano nella semplicità dei costumi e senz'altra ambizione che quella della loro prosperità interna (2). Io parlo del tempo descritto nella storia del VILLANI anteriore al 1336 (3). In seguito fu d'uopo ricorrere alle prestanze, e si creò un vero debito pubblico. *Prestanze* o *accatti* erano le somme che il Comune prendeva a mutuo dai cittadini. Come si ottenessero, è narrato dal PERUZZI (p. 199): « Il Comune eleggeva diversi cittadini mercanti e delle maggiori compagnie bancarie con piene balle per trovar moneta e fornirgli il danaro che occorreva assegnando loro altrettanto danaro sulle gabelle. Le dette compagnie stabilivano i patti e fornivano le somme necessarie in tutto o in parte, distribuendo il resto fra i cittadini con certe condizioni e con discreto interesse. In altra guisa, volendo forzare i cittadini a prendere l'imprestito, si bandiva pubblicamente la somma fissata, si distribuiva a ciascuna contrada la tangente rispettiva e proporzionata alle ricchezze e al numero delle persone che vi eran comprese. Divisa così e assegnata a ciascuno la sua porzione dell'imprestito, appena era questo pagato, venivano le somme rimesse ai camarlinghi, i quali rimborsavano i creditori alle scadenze col prodotto delle gabelle. Per maggiore facilità si accordava ancora ai contribuenti una quantità di sale a lire 6 di piccioli lo staio, e questi avevano la facoltà di rivenderlo ai prezzi soliti più alti e determinati ». Già quella prosperità, che il VILLANI aveva dipinta come la età dell'oro di Firenze (sotto l'aspetto finanziario, s'intende, poichè tumulti e guerre ci furono sempre) cominciava a intorbidarsi; poi venne quel flagello che si chiamò il Duca d'Atene. Quale cambiamento d'allora in poi! Quasi tutte le compagnie bancarie di Firenze precipitarono nel fallimento, nè mai fu messo a più dura prova l'ingegno di quegli arditi commercianti affinchè la repubblica non andasse in fondo.

—

685. Le Banche rappresentano riuniti e in forma di potente organizzazione tutti i vantaggi che rendono al commercio divisamente i banchieri nella loro azione isolata e diversa. In tale rapporto sono associazioni di capitali (non disgiunta talvolta da obbligazioni personali) (4); e hanno il vantaggio di tutte le associazioni, di fare cioè cospirare tutte le forze verso un fine determinato, in un multiplo di progressione che non è semplicemente in una proporzione aritmetica.

Di più: le Banche sono Istituzioni; si rivelano cioè con un carattere di pubblico interesse, occupando sotto questo aspetto un posto loro proprio nell'ordine giuridico. Esse non esercitano questa o quella operazione di credito secondo le occasioni più o meno favorevoli, ad intervalli, e passando dall'una all'altra colla libertà di un individuo che accorda fiducia ad altri individui nel tempo e nel modo che più gli conviene. La Banca si annuncia al pub-

(1) Toccato principalmente per far onore all'opera del PERUZZI, e promuovere il desiderio di leggerla in tutti quelli i quali non credono che le illustri memorie di un paese si convertano ad abbassamento degli altri; ma pensano piuttosto che del pregio unito di tutti si componga il patrimonio dell'italica gloria.

(2) Ho detto *lebbra*, ed oggidì il fatto ci scotta troppo perchè possa ritirarsi la parola, benchè mi senta dire che il debito pubblico è una fortuna per l'Inghilterra. Io comprendo tutto ciò che vi ha di vero in questa specie di paradosso, ma mi permetterei di osservare, che l'Inghilterra non ha creato apposta il suo debito pubblico, e se lo ritiene, potendolo ammortizzare almeno in gran parte, egli è perchè trova più proficuo impiegare altrimenti i suoi tesori. PITT osa « soutenir que le capital fictif crée par les emprunts, était transformé en capital fixe, et devenait aussi avantageux pour le public, que si un trésor réel équivalent était ajouté aux richesses du royaume. Quoi de plus absurde qu'une telle assertion et de plus surprenant aussi que le résultat merveilleusement fecondo de ces emprunts multipliés, sous les poids desquels devait succomber l'Angleterre! » (BLANQUI, *Cours d'économ. polit.*, pag. 169).

(3) Si vuole che l'entrata del Comune ascendesse alla somma di fiorini 300,000 all'anno, e le spese non eccedessero i 40,000 fiorini.

(4) Società in accomandita. — Non credo possano immaginarsi, o funzionare perfettamente, banche costituite in società di nome collettivo, e quindi su mere obbligazioni di persone. È credibile che, concorrendo colla forza dei capitali il prestigio di nomi molto stimati, si aumenti il credito della Banca, e si eccili un concorso spontaneo senz'aspettare il buono esperimento della istituzione (*Delle Leggi organiche del credito personale in commercio*, Parma, 1862). Ma l'uso, e non senza ragione, prevale per le società anonime.

Digitized by Google

blico quale istituzione di credito; ha determinato il proprio oggetto; e senza rinunciare a quegli atti che sono consentanei al suo organismo, e contribuiscono alla prosperità della sua esistenza, si obbliga all'esercizio di funzioni dirette ai vantaggi del commercio, allo sviluppo del credito, all'utilità generale.

Poichè i bisogni del credito si sono venuti moltiplicando, sonosi prodotte eziandio delle ramificazioni che distinguono il vario esercizio delle Banche. Fra breve noteremo codeste distinzioni; intanto la superiorità dell'azione delle Banche su quella dei semplici banchieri si ravvisa ai seguenti dati:

a) I titoli commerciali negoziati dalla Banca, atteso la riputazione che gli accompagna, animano la circolazione in modo da superare la concorrenza dei titoli privati;

b) Le banche sono leve potenti di credito pei mezzi di cui dispongono, e per la vastità dei concetti che loro sono permessi in relazione appunto ai loro mezzi e alla loro posizione sociale;

c) Semplificano il movimento commerciale mentre lo rendono più energico, conservando in portafoglio sino alla scadenza le cambiali dei particolari, contro le quali rilasciano i biglietti loro propri. Così si evitano girate sopra girate, complicazioni d'interessi, giri retrogradi, e pericoli di aspri giudizi;

d) Fanno più comoda e meno disastrosa la condizione del privato che deve ricorrere al credito: egli non vede girare le sue carte, e può aspettare tranquillamente la scadenza senza eccitare apprensioni dannose al suo nome;

e) Il debitore conosce il suo creditore (1), e può trattare con esso; se il debitore è di buona fama e di conosciuta buona fede, sa di avere un creditore che per lo stimolo del bisogno non sarà per opprimerlo; vi sono statuti che accordano anche pagamenti a rate con discreta comodità;

f) È facile collocare i titoli dei quali vogliamo liberarci per riscuoterne l'ammontare innanzi tempo quando ci rivolgiamo a quell'ufficio che per istituto si dedica a questo genere di affari; che non subordina gli acquisti ad altre negoziazioni ed a viste alle quali potrebbero non convenire, prescindendo dalla solidità dei firmatari; e non risponde mai negativamente per difetto di mezzi.

La Banca come associazione, ed in conformità ai proprii statuti, può rendervi servigi non dissimili da quelli del banchiere, ma in modo più pronto, più sicuro e continuo.

686. *Banche di circolazione.*

Nel suo punto di vista più generale « la circulation est ce mouvement compliqué qui « fait passer les richesses aux mains de pos« sesseurs successifs, et les répartit entre eux « en proportion de leurs facultés et des leurs « besoins. Elle est le resultat de la division des « fonctions, qui attribuant a chaque individu « un genre de production spécial et limité « alors qu'il épreuve des besoins nombreux et « variés, le contraint d'avoir recours à d'au« tres producteurs pour les satisfer » (SUDRE, *Études sur la circulation et les Banques*, 1865).

Nulla di più esatto che questa nozione. Tutti gli oggetti suscettibili di proprietà possono essere trasmessi da un possessore all'altro; gli immobili come i mobili, i valori materiali e gl'immateriali, con ogni maniera di contrattazione legittima.

In ordine al commercio, istrumenti di circolazione per eccellenza sono la moneta metallica e i biglietti di banca; nè si può ricusare la stessa funzione, come fanno alcuni commercialisti, ai titoli fiduciari al portatore; restando in seconda linea gli effetti di commercio che si trasportano mediante cessione o girata, i mandati di deposito, le polizze all'ordine, e tutti i titoli nominativi di carattere commerciale.

I capitali si dicono circolanti in quanto la mente li osserva nel punto intermedio dalla loro creazione al loro passaggio in mano al possessore definitivo (2), o al consumatore ove la circolazione si arresta. Così il documento soddisfatto ed estinto è sottratto alla circolazione perchè la circolazione è la vita. La circolazione più estesa, più diffusa, più feconda è il prodotto di quella maggiore mobilizzazione che siasi potuta ottenere di capitali produttivi che ravvivano dappertutto i germi che la industria ha seminati, e li trasformano in rigogliosa e potente vegetazione. La scienza ha insegnato sistemi per mobilizzare, per così dire, la materia che la natura pareva avere destinata alla immobilità. Il *credito fondiario* ha per termine la mobilizzazione del capitale-terra (3), riducendolo in capitale-valore, divisibile e circolante. La Banca può considerarsi

(1) Che non è un giratario incognito qualunque.

(2) Anche questa è una delle poche notevoli idee esposte del SUDRE nel citato suo libro.

(3) Il *credito fondiario* stabilito nella proprietà immobiliare come pegno, *è reale; il credito agrario* è personale, benchè diretto all'incremento della

come un gran recipiente di valori sotto tutte le forme, che più o meno difficili ad essere trasportati di mano in mano, sono mobilizzati nei biglietti di banca, voltabili colla celerità di un istante, non perchè quei valori siano realmente rappresentati dai biglietti di banca (1), ma perchè la Banca ha in essi il corrispettivo anticipato delle sue obbligazioni.

I *depositi* sono ciò che vi ha di più diretto in tale relazione; la Banca conserva i depositi nominalmente e in valore, ma non conserva gli effetti in natura salvochè non sia di proprio istituto una Banca di deposito puro e semplice. In tal caso non potrebbe convenirle se non esigendo un compenso per la custodia; la Banca ha troppo a fare per custodire i metalli propri, il cumulo dei quali, nel punto di vista economico, è sempre dannoso. La Banca di circolazione non ammette *depositi se non irregolari* onde poterli usufruttuare, e intanto cede i suoi biglietti. I valori che la Banca riscuote in precedenza quale corrispettivo delle proprie obbligazioni si considerano in largo senso, e sono anche i valori creati in recapiti mercantili, consistenti negli effetti di commercio ch'essa sconta, o forma, e fanno parte del suo portafoglio.

Nella più semplice espressione, la Banca fa dei *prestiti*, ogni volta che non abbia ricevuto dei valori reali, come danaro, verghe metalliche, titoli ipotecari, merci, e via discorrendo. Ed anche possono qualificarsi prestiti con pegno; altri sono in forma di *credito aperto* ai privati o ai pubblici stabilimenti in conto corrente. Lo scopo della massima mobilizzazione è raggiunto in quanto i biglietti circolano come moneta, anche prescindendo dal corso forzoso, e rientrano in danaro effettivo ad ogni richiesta (2).

Veramente la essenza delle Banche di circolazione è posta nella facoltà di emettere biglietti che, in virtù del credito di cui godono, fanno la funzione di moneta, e si sostituiscono al metallo e al numerario (l'ideale surroga il materiale) producendo una ben grande comodità senza scapito, poichè la ferma convinzione del potersi il biglietto convertire in danaro al solo volerlo, fa che la Banca si consideri quasi depositaria del danaro di tutti, con maggiore tranquillità che se ciascuno lo tenesse chiuso nei propri forzieri.

687. Il credito generale è prodotto da un grande insieme di cause fortunate che, col sentimento del benessere, hanno potuto ispirare la persuasione nella corrispondenza dei mezzi industriali e commerciali che sono adoperati per la prosperità materiale del paese. Allora la circolazione fiduciaria supera a dismisura la metallica e monetaria: il commercio inglese, che è il più esteso del mondo, è quello che fa minor uso di moneta. Le istituzioni bancarie contribuiscono potentemente a questo desiderabile risultato, ma alla condizione ch'esse presentino nel loro organismo la duplice guarentigia della sicurezza dei rimborsi e della moderazione del loro esercizio.

Se la Banca di circolazione dovesse tenere *nelle sue cantine* tanto ammasso di metalli quanto è il valore dei biglietti che mette in giro, farebbe male i propri affari e quelli del paese. Quella montagna pecuniaria sterile e morta ruberebbe al paese una parte considerevole della sua ricchezza, mentre non vi sarebbero commercianti al mondo che potessero rassegnarsi a un tale stato di cose. D'altra parte l'alimento del credito è il capitale; e le società anonime non possono dare all'opinione altra base che quella del capitale.

Un capitale metallico permanente è dunque necessario per assicurare la funzione del credito. Si crede in proporzione dei mezzi di cui la Banca può disporre. Il pubblico non conosce la quantità delle emissioni, ma sa che la Banca ha un fondo permanente di 60, 80, 100 milioni. È nello stesso interesse economico generale il ragguagliare il fondo alla circolazione e al bisogno dei rimborsi: perchè il troppo di qua o di là è un errore e un danno. La esperienza ha dimostrato che la circolazione fiduciaria di una Banca fortemente costituita può mantenersi senza pericolo in un rapporto molto superiore alle sue riserve. I direttori della Banca di Londra nel 1826 ebbero a fissare il rapporto fra l'incasso e la circolazione nel 33 °/o, cioè nel terzo; si è trovato giusto, e più o meno è stato adottato il metodo di calcolare in tal proporzione la riserva metallica. Con questo nome dovrà intendersi un fondo proprio della Banca, non contando i depositi fiduciari che nei momenti critici sono i primi a ritirarsi.

Nei tempi normali, e quando la Banca fun-

coltivazione e ai vantaggi dell'agricoltura (Salvoca, *Ordinamento del credito fondiario*). Anche la Banca fondiaria fa dei prestiti alla persona, e di ciò più avanti.

(1) Che non hanno un valore intrinseco.

(2) Quindi mal si direbbe che i biglietti di Banca suppliscono *al corso della moneta*. Ciò avviene soltanto quando è imposto dal governo di riceverli come moneta.

ziona esattamente, si fa poca insistenza per convertire il biglietto in danaro. Il motivo non rifluisce a discredito, e il cambio si fa per puro comodo. In generale i biglietti rimangono in circolazione per tanto tempo quanto occorre perchè la Banca non sia pressata dalle istanze di conversione oltre i suoi mezzi effettivi anche quando, per una causa qualunque, si manifesta una certa tendenza a rifarsi in danaro. Non parliamo di quell'epoche straordinarie nelle quali un vero sgomento s'impadronisce degli spiriti, e una folla spaventosa assedia le banche che si sono vedute vacillare a tanta scossa, andar procrastinando con ripieghi più o meno sostenuti dai governi; invocare, senza dirlo, il benefizio del tempo, o soccombere. La furia però non suole spingersi agli eccessi se non quando la stessa amministrazione abbia preparato il proprio discredito con regolamenti e fatti invisi al pubblico, e abbia mostrato d'indietreggiare in faccia al pericolo.

L'eccesso delle emissioni è appunto una delle cause che alla lunga suscitano le crisi monetarie, il disordine del mercato, il tracollo delle Banche. Il termine naturale delle emissioni è quello stesso della circolazione monetaria. In economia non si eccedono mai impunemente i limiti dei bisogni, perpetuo fondamento dell'equilibrio di tutti i valori. Il servizio dei cambi è determinato secondo il grado di civiltà e le abitudini più o meno costose di un paese, da una certa quantità apprezzabile di moneta metallica, che si traduce sino ad una certa portata nella carta che rappresenta il valore. Dico sino *ad una certa portata*, imperocchè una corrente monetaria esiste sempre per sopperire al cambio ordinario delle cose più necessarie alla vita. Anche quelli del gran commercio sono bisogni del paese; ma soddisfatti in molta parte di titoli cambiari privati. Che il regolare uso della carta moneta, come istrumento più agevole di circolazione, valga ad ampliare per virtù propria la sfera delle relazioni commerciali, si concede di buon grado; il quale aumento di circolazione può acconsentire una tal quale abbondanza nelle emissioni. Tutto intanto sembra sorridere ai destini della Banca; ma ad un tratto la circolazione si arresta, e senza che il sereno della pubblica fiducia sia da nubi turbato, rifluiscono i biglietti pel cambio; la Banca n'è gravemente incomodata; se essa sforza novelle emissioni, il corso del cambio si sbilancia notabilmente, i biglietti cominciano a respingersi o non accettarsi che a perdita (1).

Senonchè questo fatto economico, al tutto naturale, sarà di salutare avvertimento alla Banca di non esagerare le sue emissioni; ed è forse per questo che COURCELLE-SENEUIL, che senza contrasto è il più compiuto scrittore della materia, pone in teorema « qu'une ou plusieurs « Banques de circulation, opérant sur un « marché et ne commettant pas de fautes dans « leurs escomptes, ne peuvent jamais émettre « trop des billets, quels que soient leur efforts « dans ce but, *parceque leurs émissions ont un « limite naturelle et nécessaire* » (*Traité des opérations de banque*, liv. III, chap. IV).

Che le Banche *liberamente* e *regolarmente* operando (e insisto su questi due termini) siano trattenute sul limite delle emissioni da quella specie di reazione che sentono di aver destato nel giro del commercio dalla prodigalità loro, si può credere, e ripetasi pure *che il limite è necessario*; ma avviene forse lo stesso quando la Banca, detta per antonomasia, o per unicità, *nazionale*, non è che un istrumento in mano al governo, ove però il governo non diventi infine un istrumento in mano ad essa? Ma perchè meglio regga al còmpito suo, è da preferirsi la Banca unica, o la pluralità delle Banche meglio conviene all'universale? La Banca deve

(1) SAY, *Traité d'économie politique*, lib. II, c. XVII e XXIII; WILSON, *Economist*, 1845. L'illustre avvocato GALASSI, presidente della Cassa di risparmio di Lugo, rispondendo ai quesiti della Commissione parlamentare sull'abolizione del corso forzoso, saggiamente scriveva: « Il valore monetario del quale un paese qualunque abbisogna, resta determinato dalla importanza dei cambi, che vi è chiamato a consumarvi. Quindi se il numero delle unità monetarie può eguagliare quel medio circolante, di cui lo stesso paese ha bisogno, non può superarlo, altrimenti ne consegue la degradazione del medesimo valore monetario, ossia lo *svilimento* (allora suole manifestarsi un movimento di esportazione). Rispetto per altro alla moneta metallica, questa degradazione non può oltrepassare il valore intrinseco del metallo, ossia dell'argento in verga o della qualità dell'oro di cui è formata.

« Ma codesto limite manca per arrestare lo *svilimento* della carta-moneta, consistendo tutta la sua portata in un segno rappresentativo. Il perchè, quando se ne moltiplicano le unità oltre i bisogni della circolazione, non pure subisce tutta la degradazione che può subire la degradazione delle unità monetarie, ma discende sino al negativo, come si verificò negli assegnati di Francia. L'unico segreto per sostenerne il valore, riducesi a contenerne la emissione in limitati e ben definiti confini, inspirando ad un tempo nell'universale la persuasiva che non saranno oltrepassati sotto qualsiasi orpello ».

esser libera? Problemi innanzi ai quali io mi arresto, perchè a me il più oltre teorizzare sarebbe inutile, ed entrare nel pecoreccio della questione pratica che si viene oggidì agitando nelle supreme necessità del paese, nè debbo nè posso. A me non è dato delibare del grave tema se non quanto concerne lo scopo del mio lavoro, perchè chiunque scrive del Codice di commercio non può tagliar via sulle *operazioni di banca*, sebbene abbia piuttosto a descriverne l'aspetto che approfondirne la teoria, la quale s'intreccia con più rami di economia politica, oggetto di altri studi.

688. *Banche di deposito.*

Le Banche, o meglio *Banchi*, di deposito, hanno una priorità naturale sugli altri istituti commerciali, per quanto vi ha di semplice e primitivo nell'atto di deposito: il bisogno di affidare ad altri la conservazione di cose preziose che in nostra mano non sono egualmente sicure. È la espressione di fiducia che *dal popolo va al banchiere*, che se ne rese degno per solidità e buona fama. La restituzione in qualità o valore è il primo dovere di qualunque depositario. Anteriore adunque ad ogni combinazione commerciale vuolsi ritenere il deposito; che prima confidato alla probità di un privato, il che non può avvenire se non raramente al verificarsi di rapporti individuali sufficienti, viene poi tradotto, non più da una fiducia individuale ma comune, all'uomo pubblico che ne fa professione e attrae il concorso dei deponenti. A questo, che può considerarsi il secondo momento, succede il terzo, ed è il pieno stato della commercialità. Allora i depositi sono o fondamento della istituzione, o rappresentano un ramo della speculazione che si frammischia a molti altri. L'attività di un commercio animato e produttivo non può restringersi alla semplice operazione dei depositi.

Il medio evo ricorda Banche di deposito che ritennero dalla loro origine il nome, ma si diedero a ben altre imprese. Non solamente *prestarono il credito* come depositari, ma *accettarono il credito* come prestatori; che è la vera natura delle Banche di commercio.

Nel 1171 la Repubblica di Venezia impose un prestito forzoso sui ricchi. A guarentigia diede ipoteca sui beni dello Stato, ed assegnò ai creditori, a titolo d'interesse, una rendita del 4 %. I certificati rilasciati dal governo erano trasmissibili e si negoziavano come titoli fiduciari. La Compagnia o *Monte* dei creditori, composta in gran parte di uomini addetti al commercio, trovandosi costituita, riuscì ad una Banca di deposito. Riceveva danaro, e ai deponenti consegnava obbligazioni che, atteso il credito di cui godevano, erano ricevute come moneta, e si trasferivano in proprietà mediante trascrizione sui registri della compagnia. Oltre il vantaggio così assicurato al commercio, un altro se ne aggiungeva non meno notevole, di stabilire una certa norma di valore sulla moneta metallica, che, mancando in quei tempi d'indicatore autentico, oscillava senza termine di confronto, e lasciava il mercato in preda a molte incertezze (1).

Nel 1409 si fondò in Genova la *Banca di San Giorgio*. Nacque pur questa da un prestito pubblico. Il governo, col consenso de' suoi creditori, loro assegnava una parte delle pubbliche gabelle per soddisfare gli interessi; preordinava un modo di successivo ammortimento di capitale; e decretava un fondo di riserva. « I privilegi della Banca furono confermati nell'anno 1588, anno in cui si procedette alla riforma degli Statuti della repubblica; e la *Casa*, divenuta una parte integrante dell'organismo dello Stato, acquistò sì grande importanza, che fu d'allora in poi malagevole il dire se fosse piuttosto uno stabilimento commerciale, oppure una istituzione politica, o quasi un piccolo Stato nello Stato medesimo » (BOCCARDO).

E dai suoi privilegi che costituivano il Banco di San Giorgio in una condizione superiore e lo circondavano di una riputazione incontestata, esso riconobbe la sua luminosa comparsa nel mondo commerciale. La potenza dei suoi mezzi, la vastità delle sue operazioni, la sapienza dei suoi ordini, la probità dei suoi portamenti, fecero del Banco di S. Giorgio di Genova una celebrità europea; il prestarsi anche a sussidi di tenuissimo valore ne fecero una istituzione umanitaria, soddisfacendo a tutti i bisogni del piccolo commercio. Gli scrittori che ne hanno tessuta la vita ne attribuiscono principalmente la caduta alla sua natura mista, alle sue ingerenze politiche, che porsero motivo ai nostri liberatori del 1797 di soffocarlo nelle braccia di una libertà spogliatrice.

Bastino codesti esempi a mostrare che le Banche di deposito non si avanzarono nel commercio se non passando allo stadio di Banche di sconto e assumendo le maggiori imprese, talchè quasi non si conoscono oggidì con questo nome istituti commerciali: abbiamo piuttosto delle *Casse di depositi* che rendono servizi di

(1) Onde la distinzione da moneta *di banco* o *di conto* — a moneta *fuori banco*.

conservazione, tanto più consono al loro scopo, quanto più il loro ufficio è passivo e di mera custodia.

689. *Come le Banche di commercio vengano operando sui depositi che ricevono.*

E diverse maniere di operare si distinguono.

Prima maniera. La Casa riceve in deposito specie effettive o valori esigibili in conto corrente. Addebitandosi nel conto corrente, la Casa intanto ne diventa proprietaria, confondendosi nel suo portafoglio, e ne dispone liberamente nelle sue contrattazioni coi terzi. Ai valori depositati surroga effetti di corta scadenza, forma cambiali, le realizza; o se ne vale per impinguare il proprio credito in conto corrente coi suoi corrispondenti. Senza molto capitale, alimentate dai depositi fiduciari, codeste case (da potersi chiamare *i cassieri del commercio*) fanno, con una certa sicurezza, dei buoni affari quando siano collocate nei grandi centri, donde poi diffondono la loro azione a sconfinate distanze. Si avvantaggiano nelle differenze del cambio principalmente e nelle prove d'arbitraggio, oltre il diritto di commissione (1).

Navigano codesti banchieri in acque tranquille. I depositi e gl'impieghi dei fondi pressochè si bilanciano. Gli uni e gli altri a corta scadenza; i primi danno sicurezza ai secondi; movimento continuo; non isbalzi, non scosse; poco azzardo in fine, e facilità di riprendere il filo degli affari una volta sfuggito.

Ma si direbbe un ideale: io osservai più sopra che una Banca di puro deposito, e non moventesi che in questa cerchia, quasi non è possibile. La tendenza ad ampliare il traffico, ad operare in una sfera di maggiore attività, può dirsi irresistibile.

Seconda maniera. Si slancia, permettetemi la espressione, fuori del conto corrente; il banchiere prende l'iniziativa, e riveste il suo vero carattere. Vi è una estensione, ed anco un accrescimento di forme nel giro commerciale. Maggiore intraprendenza; il fondo dei depositi è oltrepassato dal dispendio degli acquisti, il che suppone una maggiore disponibilità di capitali propri. Si è meno padroni di liquidare da un momento all'altro, di rientrare a volontà nel pareggio, è di rinfrescare, a così dire, gli affari. Si procede a meno fretta e furia; le pendenze stanno più lungo tempo sulla breccia, e infine il commercio si sviluppa più regolarmente. Questo andamento è concesso dalla condizione dei depositi, non poco diversa dall'altra. Non ci restringiamo più a momentanee consegne di fondi vaganti che si ricovrano perchè disoccupati ma coll'animo di riprenderli tosto che capiti un sufficiente impiego; invece questo si considera in qualche modo un impiego. La Casa accorda un interesse. Essa trova il suo conto non solo di servire ai commercianti che non possono impegnare per tempo lungo i loro capitali senza abdicare al commercio, ma più ancora ai proprietari che possono credere ben collocati i loro risparmi in ragione della fiducia che merita il banchiere, e non si avacciano a ritirarli. Senonchè il banchiere che vuol calcolare il suo tempo, non si assoggetta a restituzioni improvvise e, come dicesi, a vista; e fissa il termine almeno di qualche mese.

Questo dicesi lavorare su *depositi misti.*

Terza maniera, o terza classe di operazioni. Non è che un'ampliazione, un aumento di proporzioni, data sempre la stessa natura di negozi. Grandi capitali sono messi in movimento, e la massa dei depositi è il meno importante. Gli stessi depositi, volendo continuare a chiamarli così, sono affidamenti fatti alla Casa bancaria, e lasciati a lunghe scadenze; quindi la Casa è in grado di poter contentarsi di titoli non circolanti, a tempo lungo, e con garanzie ipotecarie, per quei prestiti che a sua volta farà al commercio grande o piccolo, e può aprire crediti in conto corrente. Agl'intraprenditori, ai manifatturieri, a coloro che difettano di numerario e abbondano di attività e di belle vedute, è un sussidio mirabilmente utile; ma il commercio è pericoloso. Prestiti di questa maniera tengono quasi alla immobilità del capitale (2), ma generalmente ne forma la garanzia; non avendo la casa bancaria creduto che a questa e non alle persone. Nel probabile caso di doversene valere, si vedrà in faccia la graziosa prospettiva di fondi da subastarsi, con tutte le lentezze dei procedi-

(1) *Arbitraggio* dicesi perchè il banchiere ha la scelta, ossia può nel suo giudizio illuminato provvedersi della carta che più gli conviene, rimettendola dalle piazze ove costa meno a quelle dov'è più accreditata, e così può procurarsi compensazioni più o meno utili coi propri corrispondenti o direttamente negoziarla. Sono principalmente gli speculatori sul cambio che si occupano di questo genere di commercio. *Arbitraggio*, in linguaggio di borsa, è ogni operazione il cui risultato è di cambiare titolo contro titolo: vendere azioni di Genova all'alto per comprarne di Marsiglia al ribasso; e si reputa la propria e vera operazione di banca.

(2) Capitale-terra onde sono sostenuti.

by Google

menti forzosi, con tutto il pericolo di smarrire il valore calcolato, atteso il deprezzamento a cui i terreni sono soggetti, nel concorso di altri creditori, e nelle spese dei giudizi.

Chi teorizza queste materie dice che si opera *su depositi a lunga scadenza*.

---

690. Una storia ideale delle Banche di commercio, per quanto si voglia fuggevole e succinta, non poteva tralasciare codesta esposizione di operazioni bancarie, con assai più parole raccontata da COURCELLE-SENEUIL (1); ma lo stesso illustre autore non dissimula che la sua partizione è poco meno che illusoria, e conduce a bene scarsi risultati (2). Ho già avvertito che la *prima classe* forse non esiste. E superiormente ancora (num. 688, 689) mostrai che le Banche di deposito hanno dovuto, generalmente parlando, atteggiarsi a Banche di sconto, e dedicarsi più o meno attivamente alle negoziazioni. È questo il loro modo di esistenza; o meglio, la loro natura. E niente osta che una casa commerciale eserciti contemporaneamente rami diversissimi di commercio: qui però, e giova rammentarlo, noi parliamo di Banche, e quindi d'istituzioni.

Un po' di pausa su questo indicativo per non far nascer confusioni. Sono Banche-istituzioni, secondo noi le comprendiamo, quelle che *annunciano al pubblico un dato esercizio relativo alle operazioni che sono loro proprie* (3). Molti banchieri esercitano lo stesso commercio, ma senza costituirsi sotto nome di Banco o Banca (4); hanno la loro clientela, ma non spiegando questa, per modo di dire, pretensiosa divisa, attraggono meno la corrente, s'impegnano anche meno, e si riservano più di libertà, come notai in qualche precedente passaggio. Le Banche insomma fanno del commercio bancario una professione solenne e s'impegnano in una forma speciale verso il pubblico, lasciando stare che hanno d'uopo di prodursi con molta forza di capitali, e di mettere a disposizione del pubblico stesso un'attività superiore e più apprezzabile di quella di un semplice banchiere.

Le Banche sono *istituzioni* non però di loro natura governative, poichè il governo non si occupa di controllare le operazioni di commercio, salvo però il dovere di coprire della sua protezione la fede pubblica verso aggregazioni delle quali giova esperire la solidità. Ma le Banche si fondano in potenti associazioni, anonime per l'ordinario, e dividono i loro capitali per azioni; e così richiamano l'attenzione e attirano sopra di sè l'occhio più o meno linceo del governo, non tanto perchè Banchi o Banche, quanto perchè sono società anonime.

Dopo questi pochi schiarimenti proseguiamo dicendo, che la teoria non ha niente a vedere sul modo di operare delle Banche dette di deposito; è troppo vero che male operando la Banca, farà anche male i suoi affari, ma nel proprio acume ed esperienza il commerciante pratico trova la sua direzione. La dottrina espone i principii e non traccia una linea di morale condotta. Basta che quella esposta da COURCELLE è una dottrina senza principii. Il deposito dei capitali fatto dai terzi, il loro uso, i profitti che se ne possono trarre, non sono che uno dei rami del commercio di Banca. Credo che appresso di noi non sia dei principali. Tutte le altre operazioni analoghe all'esercizio di Banca rimangono aperte. Si assumono in proporzioni più o meno estese: ecco tutto. Suprema condizione per farsi largo in commercio è possedere dei capitali; in negoziazioni di altro genere si può anche dare gran risalto all'industria e giuocar di fortuna, ma il banchiere è il capitalista per eccellenza. Sarà sempre un banchiere di poca levatura, e difficilmente potrà costituire una Banca colui che non ha altro capitale che quello che gli viene consegnato a titolo di deposito; e debbo anche aggiungere che il pubblico corre, molto ragionevolmente, dietro riputazioni già stabilite, e rare volte s'incarica di fornire egli stesso i mezzi affinchè le riputazioni appena nate possano stabilirsi.

691. *Credito mobiliare.*

In Francia la *Società del credito mobiliare* venne autorizzata con Decreto del 18 novembre 1852; durata 99 anni; fondo un capitale di 60 milioni, rappresentato da 120,000 azioni. Le sue operazioni, e quindi la sua ragione di esistenza è spiegata nei seguenti articoli testuali.

Art. 5. « Les opérations de la société consisteront: 1° à souscrire ou acquerir des effets

(1) *Traité théorique et pratique des opérations de banque*, liv. III, chap. II (quatrième édition).

(2) Vero è ch'esso si esprime con linguaggio già adoperato prima di lui, e formante una specie di dottrina commerciale.

(3) E quali siano loro proprie, si dichiara al num. 680, 681.

(4) Infine il nome è indifferente. Il Banco di Napoli, malgrado il suo sesso, è una delle Banche di prim'ordine.

publics, des actions ou des obligations dans les différentes entreprises industrielles ou de crédit, constituées en sociétés anonymes, et notamment dans celles de chemins de fer, de canaux et de mines, et d'autres travaux publics, déjà fondés ou à fonder; 2° à émettre par une somme égale à celle employée à ces souscriptions de propres obligations; 3° à vendre ou donner en nantissement d'emprunts tous effets, actions et obligations acquis, et à les échanger contre d'autres valeurs; 4° à soumissioner tous emprunts, à les céder et réaliser, ainsi que toutes entreprises des travaux publics; 5° à prêter sur effets publics, sur dépôts d'actions et obligations; 6° à ouvrir des crédits en compte courant sur dépôt de ces diverses valeurs et à recevoir des sommes en compte courant; 7° à opérer tous recouvrements par le compte des compagnies sus-énoncées à payer leurs coupons d'intérêts ou de dividendes, et généralement toutes autres dispositions; 8° à tenir une caisse de dépôts pour tous le titres de ces entreprises ».

Art. 6. « Toutes autres opérations sont interdites. Il est expressément entendu que la société ne fera jamais des ventes au découvert, ni d'achats à prime ».

Art. 7. « Jusqu'à l'émission complète des actions représentant le capital social, les obligations crées par la société ne pourront dépasser cinq fois le capital réalisé. Après l'émission complète du fond social, elles pourront attendre une somme égale à dix fois le capital. Elles devront toujours être représentées pour leur montant total par des effets publics, actions et obligations existant en portefeuille. Elles ne pourront être crées payables à moins de quarantcinq jours d'exchéance ou de vue ».

Art. 8. « Le montant cumulé des sommes reçues en compte courant et des obligations crées à moins d'un an de terme ne pourra dépasser le double du capital réalisé ».

Ho riportati questi articoli nel testo perchè trattandosi di descrivere le operazioni di banca, si raccolgono volontieri gli esemplari dei grandi istituti di credito.

Ecco ciò che vi ha di più speciale in questa costituzione: 1° interdizione del commercio di mercanzie; 2° applicazione pressochè esclusiva ai valori di borsa; 3° la facoltà di emettere per una somma pari a quella impiegata alle soscrizioni e obbligazioni dei titoli le sue proprie obbligazioni sino ad una somma equivalente a dieci volte il capitale reale (1).

Leggendo gli storici del Credito mobiliare francese mentre la società aveva qualche anno di vita, già vediamo accavallarsi le nubi e intorbidare il sereno dei suoi primi giorni; ha dovuto passare, si dice, attraverso alle più violenti agitazioni del mercato, e ad un tempo si accusa d'intolleranza, di monopolio e di esagerazione nelle sue intraprese. Ci si fa conoscere che più tardi la società del Credito mobiliare tornò, come a dire, sopra i suoi passi, dismise le abitudini ardite e si raccolse. Ma pareva che una specie di tisi polmonare ammorbasse quel gran corpo: si notò che tirava avanti a stento; che non sempre coglieva il diritto degli affari; che aveva lavorato, ma creato non aveva propriamente nulla, e voci gravissime si sollevarono contro l'amministrazione. Altri, come suole, la difendevano, tutti aspettando la giustizia dal tempo. E pare che il tempo abbia fatto giustizia, se è vero ciò che lessi in un numero non lontano del *Journal des Débats*, che la suddetta amministrazione era stata condannata in 62 milioni verso gli azionisti.

Del resto, utile lo scopo e ben composti gli statuti, la odiosità e la caduta non deve attribuirsi che a cause estranee. Auguro miglior fortuna ai nostri istituti di questo genere.

Le *Casse o Comptoirs di sconto*, istituzione di credito del tutto moderno (nata in Francia nel 1848), versano in una cerchia d'azione più limitata e speciale appunto alle operazioni di cassa e al movimento pecuniario. Scontare ogni sorta di effetti commerciali; fare anticipazioni su cedole dello Stato ed obbligazioni d'imprese industriali; incaricarsi di pagamenti e di esazioni in diverse piazze con diritto di commissione; ricevere depositi a titolo di custodia, somme in conto corrente; aprire soscrizioni a prestiti pubblici e non pubblici, e per la realizzazione di società anonime, in conto d'altri, e non mai in conto proprio. Gli statuti regolano i modi e la durata dei prestiti, e tutto è disposto con riserva e misura.

692. *Credito fondiario; Banche ipotecarie.* Il credito fondiario è fatto ai proprietari di stabili; ha per base la ipoteca (2).

La guerra dei sette anni desolò le campagne di Germania, e colle imposte impoverì i pro-

(1) Sessanta milioni il capitale; e dato che sia realizzato, si possono emettere obbligazioni per seicento milioni.

(2) Salmour, *Dell'Ordinamento del credito ipotecario negli Stati Sardi;* Courcelle-Seneuil, *Des opérations de Banque, Banques hypothécaires*, chap. VI, liv. III; Boccardo, *Dizionario*, articolo *Credito fondiario.*

Digitized by Go

prietari. Si ebbe ricorso al credito, e nacque il sistema di Buring. Uno stabilimento si eresse col nome di *Associazione territoriale della Slesia*, autorizzato dal gran Federico con decreto del 12 giugno 1769. Il sommo scopo era di venire in soccorso del possesso immobiliare, agevolare la condizione economica dei possidenti, liberandoli dalla pressione di fulminanti scadenze e dalla necessità di alienare i fondi sotto l'impero di circostanze che li gettavano in balia degli speculatori o in braccio agli uscieri, che presso a poco era la stessa cosa. Bisogna convenire che questo effetto era difficile ad ottenersi coll'intermedio di un istituto pubblico, prestatore rigidissimo, che vuole una prima ipoteca, e calcola il valore dei fondi al largo più che qualunque privato. Più facile gli diveniva il funzionare *da credito agrario* (1), di prestare cioè all'agricoltura e direttamente per quest'oggetto. Vergine di ipoteche, un proprietario che vuol buonificare le sue terre, ha nello stabilimento un mutuante facile e pronto, e basta battere alla sua porta. Gli accordate una iscrizione senza precedenti, e lo stabilimento è subito soddisfatto. Buring pensò a mobilizzare lo stesso credito ipotecario, e questo è il meglio della sua creazione. Titoli al portatore e cedole circolanti sotto un nome qualunque (si dissero prima *lettere di cuoio*, dipoi *lettere di pegno*), rappresentavano una frazione, quasi una o più azioni, del capitale ipotecato, che vanno pel commercio come ogni altro effetto girabile, e facilitano alla banca i suoi impieghi, distribuendone il bene e il male a molti capitalisti. Queste azioni fruttano un interesse. Il portatore dell'azione è abilitato a domandarne il rimborso alla società, e si effettua dopo un certo tempo stabilito dallo statuto. La mobilizzazione del capitale ipotecario è favorevole allo stabilimento ed al credito in generale; ma quando si formano censi perpetui, redimibili a piacere del proprietario, anche in rate, questo è un vero benefizio all'agricoltura.

La istituzione non era immune da vizi, e tuttavia si estese mirabilmente in Germania. Il tentativo del marchese di Ferrières e d'altri per la sistemazione del credito fondiario, non riuscì in Francia nel 1789, e fu il còmpito della Legge del 9 messidoro, anno III. L'ipoteca poteva estendersi sino ai tre quarti del valore dell'immobile, e al termine di dieci anni; il debitore emetteva *cedole ipotecarie* pagabili all'ordine e negoziabili per via di girata, e queste cedole producevano interessi da pagarsi al domicilio del soscrivente. Ma *ipotecarie*, per quanto pare, non erano che di nome; all'ultimo il credito era personale anzichè reale, e non essendo in effetto nè l'uno nè l'altro, la istituzione non diede frutto.

Il sistema ipotecario del Codice Napoleone colle sue improvvide generalità, colle sue ipoteche tacite, non era fatto per favorire la istituzione. Casimiro Perier ridestò nel 1828 l'idea quasi sopita del Credito fondiario; si fecero nuovi studi, nei quali si distinse il Wolowski (2); poi si ricadde nel silenzio e nell'apatia. Il *Credito fondiario* si stabilì in Francia a cominciare dal decreto del 28 febbraio 1852 (3) e negli anni successivi. Venne meglio distinto l'oggetto che lo separava dal semplice credito agrario. Sgravare dai debiti ipotecari la proprietà immobiliare, sostituendo mezzi più semplici e più comodi, e giovarsi largamente del tempo. Cedole producenti annuo interesse, rimborsabili per estrazione a sorte con o senza premi, col titolo di *obbligazioni fondiarie*. In Inghilterra, in Scozia e altrove sono piuttosto in uso quei tali prestiti ipotecari sotto forma di vendita con patto di ricupera o riscatto (4). Sino a venti anni il venditore può ridomandare lo stabile offrendo il pagamento del debito totale degli interessi e delle spese, e s'intende anche dei miglioramenti utili fatti dal creditore. È una delle cose bizzarre, in legislazione, proprie dell'Inghilterra, che si ammirano perchè forestiere, e inglesi specialmente, e trapiantate in Italia sarebbero messe in istato d'accusa. Le banche scozzesi sembrano regolate assai meglio.

(1) *Credito agrario* ha lo stesso scopo, soccorrere l'agricoltura; ma non è essenzialmente ipotecario. Si concentra di più nel benefizio della coltivazione al quale intento può assumere una certa entratura e sorveglianza.

(2) Autore della *Revue de législation*.

(3) La società di credito fondiario, secondo questa legge, non può prestare che sopra una prima ipoteca; la somma del prestito non può mai eccedere la metà del valore dell'immobile. L'interesse non mai superiore al 5 p. %; rate di ammortizzamento a tempi fissati. Le obbligazioni (*lettres de gage*) nominative o al portatore, di lire 100 al minimum. Lo stesso decreto creava una procedura tutta speciale.

Altre leggi relative a quest'oggetto: 28 maggio 1858; 17 luglio 1856; 11 febbraio 1860.

(4) Il chiamasi *mortuum vindicem*; la convenzione è soggetta alla revisione del magistrato ogni volta che si dubita dell'eccesso; e come altrove si direbbe, del pericolo di un patto commissorio eccessivo.

Lo Stato annette una certa importanza al suo autorevole intervento nella costituzione, e fors'anche nella direzione del Credito fondiario. Molte istituzioni di questo genere sono fondate e dirette dallo Stato (1). Altre però si conducono da associazioni di proprietari (2). Altre sono oggetto di speculazione a società trafficanti. Nelle nostre idee di libertà non amiamo uno Stato direttore di una istituzione di Credito. Non saprei dire se sia a desiderarsi una troppa larga parte dell'azione legislativa nel regolamentarlo, date venia alla voce barbara che l'uso difende. Ciò che io vedo si è appunto questo. La nostra Legge del 14 luglio 1866 (n° 2983), e più il Regolamento del 25 agosto, lo dimostrano. Si sono dati statuti-modelli per tutte le società di Credito fondiario. Potranno le società derogarvi coi loro statuti particolari! Non è facile il rispondere al quesito, stando sulle generali; ed io veramente non posso occuparmene. Se però un'avvertenza mi è permessa dirò, che convien distinguere fra la Legge ed il Regolamento che la dichiara per applicarla. In primo luogo il Regolamento avrà efficacia in quanto non innovi sulle determinazioni della legge. Le disposizioni della legge sono d'ordine pubblico e termini fissi; stabiliscono tutto ciò che agli statuti non è lecito modificare. Io penso poi che in qualche parte del regolamento ove la ragione del disporre non risulti direi quasi essenziale secondo le viste della redazione, potranno gli statuti sociali stanziare altri canoni.

693. La Corte d'appello di Torino, nel 23 luglio 1867 (3), decise una questione che aveva rapporto alla prevalenza della Legge suddetta (14 luglio 1866) sulle convenzioni sociali. In quella decisione, molto bene pensata, furono anche messi in evidenza alcuni caratteri delle cartelle fondiarie verso altre forme, colle quali possono, con più o meno di artificio, confondersi.

In tempo anteriore alla pubblicazione del Codice di commercio italiano, *C. F.* era stato respinto nella sua domanda fatta al governo per essere autorizzato all'esercizio di una *Banca nazionale italiana.* Allora *C. F.* costituiva una società in accomandita per azioni nominative, non soggetta in quel tempo alla sanzione governativa, e, per quanto venne poi ritenuto nella sentenza, si arrogò le attribuzioni di Banca che non aveva potuto ottenere dal governo.

Gli statuti di quella società, il cui capitale appariva diviso in 40 m. azioni, contenevano la facoltà di emettere carte fiduciarie col titolo di *valofondiari*, ma il sindacato governativo impedì questa emissione. *C. F.* fece molta resistenza, e, per dar effetto al suo disegno, tentò di estendere le sue relazioni, specialmente nelle provincie meridionali, mettendo in giro i suoi titoli. Lasciando tutto ciò che in questo clamoroso giudizio era estraneo alla questione di diritto, ci fermiamo a considerare il principale argomento della decisione: i *valo-fondiari* non essere altra cosa dalle cartelle fondiarie contemplate nell'articolo 23 della Legge 14 giugno 1866; per conseguenza avere il sig. *C. F.* contravvenuto alle disposizioni di legge che vietano cotale emissione alle società non autorizzate.

Che sono mai le *cartelle di credito fondiario* secondo la legge? Obbligazioni da emettersi in corrispondenza di precedenti operazioni di prestito, coll'interesse annuo del 5 per 100, il cui valore nominale non deve eccedere la misura del capitale dovuto dai mutuatari. Sono garantite dalla ipoteca del prestito. Possono essere nominative o al portatore. Si rimborsano mediante estrazione semestrale, a sorte, di tante cartelle quante corrispondono alle rate della rispettiva ammortizzazione dovuta dai mutuatari; nè danno al loro possessore altra ragione che verso l'istituto da cui sono emesse.

Quali erano i titoli che il sig. *C. F.* si permetteva di emettere col nome di *valo-fondiari?* La Corte disse che erano di natura affatto identica « sia pel modo della loro emissione, sia per la guarentigia di cui dovrebbero godere, sia per la forma colla quale potevano essere trasmesse agli stessi mutuatari (4), sia

(1) Assia Cassel, al fine principalmente di coadiuvare al riscatto delle decime, servitù, ed altri obblighi feudali.

Hannover, Ducato di Baden — credito territoriale.

Danimarca — Cassa di credito.

Impero russo — banca di credito.

Belgio — banca territoriale (Boccardo, *Dizionario di economia pubblica e di commercio*).

(2) In Prussia, Hannover, Gallizia, Wurtemberg, Sassonia, ecc., fra le quali la Cassa di credito di Amburgo; e l'associazione del Credito-sistema nelle provincie baltiche di Russia.

(3) Consig. Tadini f. di presidente ed estensore (*Giurisprudenza italiana*, Bettini, continuazione Giuriati, vol. xix, part. ii, pag. 458, Unione Tipografico-Editrice Torinese).

(4) I valo-fondiari erano tanto nominativi che al portatore, dichiarò la sentenza.

finalmente per la circostanza del rimborso ».

Sosteneva *C. F.* che i suoi *valo-fondiari* non costituivano se non parziali cessioni di credito *secondo il diritto comune e le leggi vigenti*. Le quali espressioni della legge la Corte insegnava esser riferibili *alla operazione del prestito, e non alla creazione dei valo-fondiari*. Le cessioni non erano in conformità del diritto comune, ma d'indole assolutamente commerciale, per essere rappresentate da titoli al portatore. Il cessionario dei *valo-fondiari* riteneva un'azione diretta contro la banca fondiaria per ottenerne il rimborso; anzichè aver « una ragione di surroga e di pegno nell'ipoteca acquistata dalla stessa banca verso il mutuatario, il possessore del *valo-fondiario* non avrebbe potuto farla valere contro il mutuatario se non *utendo juribus* della banca mutuante, ovvero coll'agire in via d'inibizione o di sequestro ».

Più avanti osserva la Corte che i *valo-fondiari* della Banca italiana (creata dal signor *C. F.*) sono in realtà titoli di credito rappresentativi nominativamente di una determinata somma, ma di un valore commerciale maggiore o minore in ragione del maggiore o minor credito di cui godrebbe presso il pubblico quella società o quello istituto da cui furono emessi, e trasmissibili da uno in altro acquisitore, per mezzo di girata se nominativi, e con semplice tradizione se al portatore; e così, salvo il nome, conformi in tutto alle cartelle fondiarie che sono oggetto della proibizione contenuta nell'articolo 23 della Legge 14 giugno 1866 ».

Ed era appunto per questo che il fatto del sig. *C. F.* giudicavasi opposto alla legge. Ma a qual legge? Forse alla legge ora citata? Ma il sig. *C. F.* mostrava che il fatto suo era anteriore alla promulgazione di essa; come mai poteva aver violata una legge che non esisteva?

La Corte intorno a ciò considerava « che trattandosi di una legge d'ordine pubblico, e specialmente di una legge proibitiva, quale sarebbe appunto la Legge del 14 giugno 1866, non si potrebbe all'applicazion sua opporre il diritto già acquistato quando l'esercizio di questo diritto ha un tratto successivo ».

Il concetto che si contiene in queste parole non è preciso. Posto per indubitato che la Legge del 14 giugno è d'ordine pubblico (sia o no proibitiva), due ricerche si presentavano. I fatti anteriori della Ditta non erano validi? Occorreva una sanzione nuova per l'esercizio futuro in presenza della nuova legge. La società in accomandita era stata costituita da *C. F.* con atto pubblico del 31 ottobre 1865 (1), e quando molti mesi dopo apparve la legge, grande quantità de' suoi titoli erano già in circolazione e non avrebbero potuto colpirsi con effetto retroattivo. Quanto al futuro, la questione più seria ancora scorgevasi. Allorchè i fatti sono tuttavia in dominio del diritto, si comprende facilmente che una legge d'ordine pubblico alla sua apparizione v'imprime una direzione nuova e a sè conforme: così la procedura in corso si arresta e cambia carattere per uniformarsi alle novelle disposizioni. Ma trattandosi di fatti convenzionali che, come supponiamo, erano liberi e già tradotti in obbligazioni mediante contratti stabiliti con terzi, la nuova legge poteva troncare quei rapporti? La società commerciale, annunziata al pubblico, e secondo la ipotesi, costituita regolarmente, lanciata a pieno corso, poteva forse indietreggiare? Non havvi forse una specie di solidarietà in tutti i fatti di commercio di una società, formandosene una catena quasi indissolubile, rampollando ogni giorno rapporti nuovi sugli antichi, e chi sa dire qual anello dovrà spezzare la legge nuova per rompere quei rapporti, ed imporsi fra il passato e il futuro della società? Era dunque da sfuggirsi quell'argomento perchè non necessario, e, se necessario, richiedeva ben altro sviluppo.

La forza vera della decisione consisteva nel mostrare che *C. F.* aveva contravvenuto alla legge esistente al momento in cui la società era stata pubblicata, emettendo azioni e titoli al portatore, senza l'autorizzazione prescritta (articolo 47 del Codice di commercio albertino).

È rimarchevole che la Legge del 14 giugno 1866, anzichè una innovazione nel sistema, non è che una grande applicazione dei principii del Codice di commercio. Non togliendo lo Stato sopra di sè la direzione attiva del credito fondiario, ne stabilisce per via di legislazione le basi e l'organamento, serbato tutto ciò che v'ha di fondamentale nel Codice. Insomma per quanto concerne l'inibizione di costituire società di commercio in accomandita per azioni, o anonime, era sufficiente espressione quella dell'articolo 156 del Codice attuale. Una legge posteriore a quella che andò in vigore nel 1° gennaio 1866 poteva introdurvi delle modificazioni o derogarvi, ma in sostanza

(1) Lungi che la data e l'anteriore esercizio fossero contestati, la sentenza ammetteva tutto questo come concorde.

non si è innovato; i principii costituenti le relazioni fra le società commerciali e l'azione governativa sono stati confermati, ricevendo una novella esplicazione.

A questo punto mi permetto di ripetere una idea, adombrata altrove, che non è volgare. *Quanto maggiore sviluppo prende la legge colle sue determinazioni, tanto meno ha di arbitrio il potere esecutivo al quale è riservata la sanzione di certe società commerciali.* La legge, che è la volontà della nazione, s'impone anche al potere esecutivo che è uno dei suoi organi. Così la sanzione del governo versa meno nell'arbitrario; e la contestazione che sia per sorgere fra esso e i privati, ha il suo regolatore nella norma legale. Solo i giudizi di opportunità e di convenienza, i giudizi che si direbbero di fatto, sono attribuiti al governo. L'obbligo di tutelare l'interesse pubblico di fronte a certi assunti commerciali di maggiore gravità, gl'impongono eziandio i doveri della difesa contro le usurpazioni dell'interesse privato. Il governo (Ministero d'agricoltura) era legittimo contraddittore in quella causa. Il governo poteva dire, voi vi siete arrogata la creazione di titoli commerciali che io solo poteva permettere.

A questo effetto non importava che la ditta *C. F.* si fosse costituita in banca; bastava che come società commerciale emettesse azioni ed obbligazioni al portatore. Le emissioni di questo genere erano colpite dalla legge in coloro che non vi erano stati autorizzati. Era la sola questione. Questa superata, poteva venirne una seconda, se la società potesse funzionare come banca. In verità le emissioni comuni alle società commerciali approvate non hanno una diversa natura di quelle di banca; bensì diverso carattere per importanza, per espansione, per determinatezza di scopo, per emulare sino ad un certo punto nelle combinazioni del commercio l'ufficio di moneta (1).

—

694. *Passaggio storico.*

Io debbo restringermi a cenni brevi, scegliendo nell'abbondanza le istituzioni e i periodi più eminenti.

a) *Banca di Francia.*

La istituzione delle Banche in Francia è dovuta a Law, l'economista visionario ch'era destinato a spingere il nobile paese all'orlo del precipizio. Tuttavia un merito non può negarsi a Law: quello di aver data al mondo una lezione indimenticabile di politica economia. Egli dimostrò che in questa materia un errore è funesto quanto in guerra. Sua mercè, l'abuso della carta monetata rovinò la Francia (2).

Molto più tardi, dopo vari tentativi, non tutti infruttuosi, per riabilitare le istituzioni di credito, passato il terrore, un decreto consolare ordinò lo stabilimento della Banca di Francia, che cominciò dal fondersi colla *Cassa dei conti correnti*, ed entrò in esercizio il 20 febbraio 1800. Colle riserve del lotto, con cinque milioni di effettivo e sei milioni di portafoglio contribuiti dalla Cassa dei conti correnti, esordì la Banca di Francia. Si crearono 30,000 azioni da 1000 franchi, che vennero coprendosi a stento.

Il governo (e per governo deve intendersi Bonaparte) aveva calcolato sulla Banca. Si mirava perciò a darle il monopolio del commercio bancario d'alto grado, deprimendo tutte le altre minori istituzioni congeneri mediante il privilegio.

Il sacrificio di ogni inopportuna concorrenza venne consumato colla Legge del 24 germinale, anno XI (14 aprile 1803). Il capitale della Banca era portato a 45 milioni, il massimo del dividendo fissato al sei per cento, dovendo l'avanzo impiegarsi in fondi pubblici; senza il permesso governativo, inalienabili. La Banca era diventata un istituto politico e una succursale del governo, quantunque continuasse le sue operazioni commerciali.

Colla Legge del 22 aprile 1806 fu tratta definitivamente nell'orbita dello Stato (3). Il

(1) Gli statuti che si presentano all'approvazione governativa fanno conoscere il proprio oggetto e la linea di condotta che si vuol tenere nell'esercizio pratico. È allora che si rileva se la società assume per esempio una impresa di credito fondiario piuttosto che un altra soggetta al reggime di leggi speciali.

Vedi il num. 694, lett. *d*).

(2) Il sistema di Law ebbe compita la funesta opera nel 1720, nel quale anno cadde senza rimedio.

(3) Art. 10. « La direction de tous les affaires de la banque, délégué à son comité central par la loi du 24 germ., an. XI, séra désormais exercée par un gouverneur de la Banque de France ».

Art. 11. « Le gouverneur aura deux supplents qui exerceront les fonctions qui seront lui déléguées; ils auront le titre de premier et second sous-gouverneur. — Les sous-gouverneurs, dans l'ordre de leur nomination, rempliront les fonctions de gouverneur en cas de vacance, absence ou maladie ».

Art. 12. « Le gouverneur et ses deux supplents seront nommés par S. M. l'empereur ».

Digitized

capitale saliva a 90 milioni, l'amministrazione era retta da funzionari governativi: Napoleone vi attingeva a piene mani nei bisogni delle incessanti sue guerre.

Negli ultimi anni dell'Impero, la Banca sostenne una crisi pericolosa, ma colla Ristaurazione anch'essa si ristorò; la pace desiderata, confortando gli spiriti, rianimò il commercio; molti istituti di credito, benchè di minor mole, le vennero sorgendo al fianco. La Banca li combatteva con altre istituzioni ch'essa sola aveva diritto di creare: pareva spuntare una nuova èra di libertà pel commercio; senonchè spirando il privilegio nel 1843, fu prorogato al 1847.

La carestia del 1846 portò la crisi monetaria, dacchè l'ingenza delle importazioni dei grani forestieri, solite a pagarsi in specie metalliche, eccitò in proporzione la domanda della conversione dei biglietti, e gl'incassi diminuirono enormemente (1). La Banca, mercè la sua rigorosa organizzazione, si sostenne e fece fronte a tutto, ma giunse il fatale 1848 colla rivoluzione; e tale fu la violenza dell'urto economico, che il colosso della Banca vacillò, e si trovò al punto o di liquidare o di sospendere il rimborso dei biglietti (2). Il governo venne in soccorso della Banca. Ecco le abili misure che furono prese in quel momento di confusione: 1° I biglietti di banca sarebbero considerati come moneta legale in tutto il territorio della repubblica; 2° Si accordava la facoltà di emettere dei biglietti di 100 franchi in aggiunta di quelli di 200 ch'erano in corso. Intanto il massimo delle emissioni fu determinato a 350 milioni, e ogni settimana sarebbe pubblicato il bilancio (Legge 15 marzo 1848).

Eppure la Banca potè prestare in quell'anno al Tesoro e ai privati in numerario la somma di 506 milioni, senza molto estendere l'emissione dei biglietti. Da quell'epoca, entrata la calma col ritorno di un governo regolare, la Banca liquidò onorevolmente i suoi effetti in sofferenza e le sue operazioni ipotecarie collo Stato (3).

Si è notato dagli storici della Banca di Francia che dal 1853 in poi essa cammina con maggiore ardimento, e svolge le sue operazioni su più larga scala. La Legge del 9 giugno 1857 tolse l'impaccio di una determinata misura negl'interessi, e a questa libertà si ascrive in non poca parte il rapido progresso dell'istituzione. Nelle note che io posi al n° 670 convenni esser questa una necessità del commercio. Oggidì, come ci fanno conoscere i giornali, i capitali metallici rigurgitano nelle cave della Banca, ed aspettano forse straordinarie erogazioni che non possiamo augurarci pel bene della Francia e del mondo (4).

b) Banche inglesi — Banca d'Inghilterra.

La sua fondazione risale al 1694. Per tempo si sposò alle viste del governo, e ne divenne un istrumento. I primi saggi delle emissioni dei biglietti monetari furono infelici. Mancava di un fondo capitale proporzionato: il Parlamento se ne ingerì nel 1708: il commercio bancario fu stabilito in certi limiti, e la Banca non si sostenne che coll'associazione dei minori e numerosi istituti di credito. Scorsero i tempi. È noto che nel 1797, per la forza degli avvenimenti, la Banca d'Inghilterra fu obbligata di sospendere il cambio dei suoi biglietti. Nondimeno restò così forte che, in tutte le guerre della Repubblica e dell'Impero, prestò al governo carta-moneta; le sue emissioni non avevano altro regolatore che i bisogni smisurati ai quali dovevano provvedere, finchè nel corso di oltre vent'anni la Banca potè chiamarsi la zecca del governo. Le tavole dei rendiconti ci dimostrano come sino al 1821 si prolungasse la innormalità di quelle operazioni e il più o meno sensibile deprezzamento dei suoi titoli;

(1) Dal luglio 1846 al 10 gennaio 1847 le riserve metalliche furono ridotte in modo straordinario. In quell'epoca gl'incassi tornarono a risalire.

(2) Per un esempio. — Dal 26 febbraio alla sera del 14 marzo l'incasso di Parigi era disceso da 140 milioni a 70, e il giorno appresso era caduto a 59. In un solo giorno erano stati rimborsati più di 10 milioni.

(3) Alla fine del 1851 non restava in sofferenze, sul passivo del 1848-49, che la somma di franchi 1,215,000.

(4) Gli stabilimenti di credito nelle colonie francesi, o banche coloniali, furono occasionati dalla emancipazione degli schiavi, regolata dalla Legge del 30 aprile 1849. L'ottava parte delle indennità dovute agli antichi padroni, non inferiore ai mille franchi, venne provvidamente destinata a formare una istituzione di credito. L'ammontare di questo capitale doveva restare col titolo di rendita sotto forma di iscrizioni inalienabili per la garanzia dei biglietti. L'organamento delle banche coloniali si ripete dalla Legge dell'11 luglio 1851.

Le banche coloniali sono società anonime, la cui durata è di venti anni. Il capitale è diviso in azioni nominative di franchi 500. Il Consiglio d'amministrazione, ogni membro del quale deve possedere dieci azioni, nominato dall'assemblea generale, sta in carica tre anni. Due censori nominati l'uno dal governo, l'altro dalla detta assemblea generale. Infine, con decreto del 17 novembre 1852, venne creata in Parigi un'agenzia generale obbligatoria, specie di succursale alle banche coloniali.

Digitized by Google

ma paese commerciale per eccellenza, vincitore in ogni guerra marittima, conquistatore di nuove e ricchissime terre oltre mare, sostenuto dall'ardenza della popolarità che non si smentì giammai nella lotta napoleonica, l'Inghilterra finì coll'uscire splendida di ricchezza, orgogliosa del sentimento nazionale (potentissimo fra i fattori d'ogni progresso), e vera dominatrice del commercio mondiale.

Se la Banca, concentrando i mezzi della circolazione, salvò il paese, la sua missione fortunatamente rientrò in più naturali confini, e bene mi persuado che nell'immenso slancio della industria inglese la Banca d'Inghilterra non sia che un elemento, come dev'essere di quella vitalità potente, e non già una causa. Pare che funzionasse moderatamente e regolarmente, quando la scuola così detta *metallica*, rappresentata, benchè in sensi diversi, da Ricardo e Roberto Peel, coll'intento di governare le emissioni delle Banche, insegnò le proporzioni che dovrebbero mantenersi fra la circolazione monetaria e quella della carta, mirando a concentrarne l'azione nella Banca di Londra. Ciò fu nel 1825. Il trionfo di questa idea appartiene ad un'epoca posteriore.

Nel 1844 Roberto Peel ottenne un bill dal Parlamento che divise l'esercizio della Banca in due rami o dicasteri: quello delle emissioni e quello delle operazioni di banca propriamente dette, separati e indipendenti. Fissare la quantità della carta-moneta circolante, ecco quanto volevasi, onde le variazioni naturali alla circolazione-metallo cadessero sulla moneta metallica esclusivamente. I fatti s'incaricano sempre di rispondere alle false teorie economiche. Le emissioni delle Banche denno esser regolate senza dubbio, ma regolate secondo i reali bisogni del commercio, e non coi sistemi preventivi. Nel 1847 le speculazioni delle strade ferrate e delle granaglie, monopolizzate o mal dirette, produssero una crisi, una forte richiesta di numerario; esaurito il suo capitale di carta che il Parlamento gli aveva misurato, si trovò al secco; le richieste di moneta raddoppiarono, la Banca non poteva valersi delle sue naturali risorse: allarme generale del credito. L'esecuzione del bill del 1844 rimase sospeso; si respirò, e l'equilibrio si ricompose.

La Banca d'Inghilterra è una vera privataria della circolazione come banca; niun'altra può stabilirsi nel Regno Unito; il *maximum* della circolazione di ciascuna di esse non può oltrepassare il medio che aveva nell'aprile del 1844. Una banca che avesse meno di sei soci nella quale volessero introdursi nuovi soci, perderebbe il diritto di emettere biglietti monetari. Se due banche di circolazione si riuniscono, non possono emettere biglietti oltre quelli che potrebbe l'una delle due. Ogni succursale di banca dee premunirsi di una licenza separata. All'incontro la Banca d'Inghilterra può aumentare o ridurre il numero delle sue succursali serbando intera la sua facoltà di emissione; e se una banca particolare si liquida, la gran Banca può essere autorizzata ad emettere tanto quanto erano i due terzi cui aveva diritto la banca defunta (1).

La mobilità del mercato monetario di Londra è proverbiale. Prende l'oro per unità di misura; la variabilità del costo dell'oro è assai maggiore del quella dell'argento. Dovrebbesi secondo l'idea di Ricardo, cui s'informò il bill del 1844, equilibrare l'esportazione dell'oro col corso dei cambi, ma, per quanto si dice, la Banca fa i proprii affari, servendosi dei cambi più favorevoli. Nel tutto insieme, con quella singolare suscettività del mercato e subitaneità di movimenti commerciali, la Banca di Londra è la più esposta ai ritorni, e deve mantenere una forte riserva per far fronte a tutte le evenienze.

c) Banche d'Irlanda e di Scozia.

Una banca pure privilegiata esiste in Irlanda, stabilita fino dal 1783 con un capitale di 600,000 lire (sterline), favorita come l'inglese dalle riforme del 1844 e 1845.

La Banca di Scozia, eretta nel 1695, fu rivestita del privilegio delle operazioni bancarie per vent'anni, dopo i quali il privilegio non venne rinnovato. Altre banche dette *incorporate* (*incorporated*), assomiglianti alle nostre società anonime o in nome collettivo, sorsero, e passarono senza gravi scosse attraverso tempi difficili. Delle Banche di Edimburgo e Glascovia si contano sino a 382 succursali; sono nello stesso tempo Casse di risparmio e istituti di credito: veicoli fecondi per l'agricoltura, la principale risorsa di quel paese poetico ed eccezionale. La natura incivilitrice di quelle banche è riconosciuta e proseguita dagli encomi dei pubblicisti. In quel popolo semplice, industrioso, confidente, codeste istituzioni acquistano le proporzioni di un beneficio sociale. Le Banche libere di Scozia, moderate nelle emissioni, e queste distribuendosi in carte di piccolo taglio (2), hanno potuto bastare a

(1) Così seguitando le cose, si finirà colla completa realizzazione del piano di Ricardo, quanto all'unicità della Banca col Regno Unito.

(2) Al disotto di cinque lire sterline.

tutti i bisogni del credito, ed economizzare all'ultimo limite possibile la circolazione metallica. Inutilmente fu combattuta in Inghilterra la emissione delle piccole carte scozzesi; il fatto protestava contro la teoria, la bontà di quel metodo era consegnata alla storia del paese. Fra le rupi e le nebbie ossianiche la politica non ha quel rimbombo che scuote il credito meglio assicurato, e sconvolge collo sgomento che produce tutti i calcoli della umana prudenza.

d) Banche d'America.

Numerose, libere, dissimili nella costituzione e nell'esercizio, nelle cinque divisioni della tesoreria degli Stati Uniti. Nelle due prime regioni (1) grande quantità di Banche, con forti capitali e vaste operazioni: ma specialmente le seconde che seggono nei centri più popolosi, fornite di maggiori depositi, più ricche d'incassi, e insieme più esposte alle agitazioni del mondo politico e all'eccitamento delle passioni. Nella terza e quarta regione (2) si osservava un commercio più ristretto ed eccesso di emissioni in confronto del capitale ordinariamente debole; la quinta (3) non presentava che povere transazioni, istituti senza solidità, abuso di biglietti, di credito; talchè la crisi del 1854 atterrò 125 di codeste banche effimere, e fu all'ordine del giorno il fallimento universale (4).

Dopo le ultime guerre fratricide chi può raccontare il disordine del credito e numerare i fallimenti delle banche? Se una banca potentemente organata ed eminente per riputazione e per capitali fosse stata costituita in America, non sarebbe forse più facile al paese rilevarsi da quel tremendo disastro? Agli economisti non passionati la soluzione del problema (5).

e) Banche italiane.

Qualche cosa avendo accennato delle antiche Banche d'Italia, non faremo che volgere

(1) Comprende la Nuova Inghilterra propriamente detta, e le grandi città commerciali di New-York, Filadelfia e Baltimora.

(2) La terza conteneva gli Stati del Sud (la Virginia, le Due Caroline, la Georgia), paesi di schiavitù; la quarta, la Luigiana, il Mississipì, il Kentuchy, ecc., Stati del sud-ovest.

(3) Ovest, Ohio, Michingam, Wisconsin, ecc.

(4) COURCELLES-SENEUIL, liv. IV, chap. II.

(5) Ciò però senza dimenticare che lo Stato di New-York si venne già appoggiando al credito bancario non senza imitazione del sistema francese, ordinando alle banche di acquistare, a corso determinato, una somma di titoli del Debito pubblico uguale a quella dei loro biglietti in circolazione, colla garanzia del governo verso i portatori dei biglietti. Altri degli Stati-Uniti adottarono questo sistema.

Io mi astengo da qualunque giudizio, e perchè la mia escursione non avrebbe più limite, e perchè non mi sentirei abbastanza competente nella questione. Toccherò di volo in questa nota alcune delle opinioni principali sulla unicità o pluralità delle banche.

Sono note quelle di Thiers. « Deux banques, egli « dice, à coté l'une de l'autre sont entrainées à « s'entre-détruire: c'est une rivalité mortelle. « L'expérience et la science ont condamné cela « comme une folie ». — ROSSI: « La libre con- « currence en matière de banque est un danger « que ne peuvent tolérer le lois d'un peuple ci- « vilisé ». E alla Camera dei Pari pronunziò queste parole: « Les inconvénients de ce sistème (la con- « correnza) ne sont qu'un abus de l'intérêt par- « ticulier contre l'intérêt général, un moyen d'en- « richir d'habiles spéculateurs aux dépenses de la « communauté, et surtout de classes labourieuses ». WOLOWSKI sopratutti (*La quéstion des Banques*) si porge avversario formidabile della concorrenza. Per lui il diritto di batter moneta non appartiene che allo Stato; emettere dei biglietti al portatore o a vista, è batter moneta: dunque l'emissione di simili titoli non può concepirsi che per delegazione dello Stato.

La opinione media fra il monopolio deciso e la libertà assoluta, è rappresentata da ISAAC PEREIRE (*La Banque de France e l'organisation du crédit*). Questo lavoro di conciliazione, già cominciato da qualche anno in Francia col citato banchiere e scrittore, con AUBRY, con REY, con HAENTJENS. Invece EICHTHAL, amministratore e uomo pratico, ma antico reggente della Banca di Francia, difende il sistema più accentrato, l'unicità della Banca (*De la monnaie de papier et des Banques d'émission*). In difesa del privilegio della Banca di Francia stanno anche CUCHEVAL-CLARIGNY (*Considérations sur les Banques d'émission*), e i due GOULLIN (*Sept lettres sur quelques sujets d'économie politique et sociale*). Si sa quali erano le opinioni del grande CAVOUR.

Altri e molti fra gli scrittori più recenti sostengono la libertà delle Banche, mentre altri propongono sistemi medi: si direbbero ecclettici o piuttosto riformisti.

Io mi limito ad accennare gli autori che conosco, chiudendo la nota con una indicazione bibliografica, omessi i pubblicisti meno recenti:

HORN, *La liberte des Banques* — WOLOWSKI (oltre l'opera citata), *Enquête sur les principes et les faits généraux qui régissent la circulation monétaire et fiduciaire.* Altra opera dello stesso autore: *La Banque d'Angleterre et la Banque d'Ecosse.* Ancora: *Dictionnaire* di GUILLAUMIN, art. *Banque.* — AUBRY, *Des Banques d'émission et d'escompte* — LAVELEYE, *Le marché monétaire et ses crises depuis cinquante ans* — LAIR, *Les lois sur l'intérêt examiné au point de vue de l'économie politique, de l'histoire et du droit* — BONNET, *Le crédit et les finances* — COQN, *Les circulations en Banque ou l'impasse du monopol.* Dello stesso autore: *La monnaie de Banque ou l'espèce et*

un ultimo sguardo sul loro stato attuale e recente.

Prima della riunione degli Stati italiani in un sol Regno, cospicui istituti di credito esistevano in Italia, di cui i maggiori erano la Banca nazionale di Piemonte; il Banco di Napoli, Bari, Palermo e Messina; la Banca Toscana e il Monte de' Paschi di Siena. Erano pure ragguardevoli la Banca pontificia, detta delle Quattro Legazioni, e la Banca di Parma. La Banca nazionale del Piemonte era il prodotto della fusione delle Banche di Torino e di Genova, avvenuta nel 1849. Ricuperata fortunatamente la Lombardia nel 1859, nuove combinazioni ebbero luogo coi ricchi banchieri e capitalisti della magnifica Milano, onde il capitale della Banca nazionale piemontese da 32 ascese a 40 milioni. La stessa Banca di Piemonte fondò succursali a Bologna e Parma, riunendosi a quelle che colà aveano sede.

Così la natura diffusiva degl'istituti di credito, sotto l'impulso di circostanze politiche che novella energia imprimevano negli animi, si manifestava. Nel tempo del quale favello, la parte meridionale d'Italia era divisa da noi come da una barriera insormontabile; ma il mondo stupefatto la vide ben presto cadere. Spero che non si dirà che io faccio officiosa la scienza per adulare ministri caduti se la verità storica m'impone di ricordare i nobili sforzi del governo per eccitare a novella attività le istituzioni di credito, a sollievo specialmente del piccolo commercio e dell'agricoltura. E qui fu osservato che a quest'effetto, come pure agli altri effetti della grande negoziazione, avrebbe fatto mestieri di procacciare una certa trasformazione delle banche meridionali che si esercitavano piuttosto nei depositi, e non erano propriamente banche di circolazione e di sconto come la piemontese e toscana. Il Ministro d'agricoltura e commercio (Circolare del 21 maggio 1863) si mostrava allora molto disposto a riconoscere i vantaggi della Banca unica con sedi succursali nelle principali città. Le cose troppo tenere, la riunione delle sparse membra italiane appena abbozzata, non permettevano vaste riforme. Si conveniva quindi dal governo nella opportunità di lasciare quegl'istituti nel libero e separato loro esercizio per sopperire ai bisogni locali; non senza predisporre per tempi più maturi un più uniforme indirizzo.

Qualche tempo dopo il governo parve colpito dalla necessità di fondare su basi abbastanza sicure il *Credito fondiario*, e di attuare con mezzi abili e sufficienti quello così detto *popolare ed agricolo*. La Circolare del ministro Torelli, in data del 20 dicembre 1864, è molto notevole. Cercando queste basi su cui appoggiarsi, stimò trovarne il nucleo per lo meno nelle Casse di risparmio, ed altresì negli istituti di credito che rivestono più specialmente il carattere di beneficenza. Il governo dedicava i suoi propri pensieri alla industria che depressa e poco intelligente non poteva risorgere con forze proprie; all'agricoltura, primo fonte della ricchezza nazionale in Italia. Le Casse di risparmio, da non poco tempo istituite nell'Italia media e superiore, erano circondate della universale fiducia. Esse avevano trovato amministratori abili, attenti e colmi d'onore, e prosperavano oltre l'aspettazione che le aveva accompagnate al loro nascimento. L'odierna nostra civiltà ha un vero obbligo di riconoscenza verso le Casse di risparmio. Il popolo si è venuto moralizzando in una abitudine di economia impossibile a pensarsi prima di quella istituzione. Ma se

le portefeuille. Dello stesso autore: *Le sol et l'haute Banque, ou les intérêts de la classe moyenne* — VIGANÒ, *Des Banques populaires, ou Banques en général* — BEY, *Les débuts sur la Banque de France* — WISZNIEWSKI, *La méthode hystorique appliquée à la réforme des Banques* — COULLET et INGLAR, *Extraits des enquêtes parlamentaires anglaises* — D'ESTERNO, *Des Banques départementales en France* — COULLET, *Études sur la circulation monétaire, la Banque et le Crédit* — DARETH, *Resumé en dix leçons d'un cours sur les Banques* — DUBAN, *Encore la question des Banques* — MODESTE, *Le billet de Banque d'émission et la fausse monnaie* — BOCCARDO, *Dizionario di politica economica e di commercio ai luoghi rispettivi.* Dello stesso autore: *La Banca d'Italia* — DUPLAN, *Le crédit foncier expliqué* — BENVENUTI, *Banche di circolazione* — PALLAVICINO, *Sulla libertà del credito* — AUDIGANNE, *Lutte industrielle des peuples* (1868) — GARNIER, *Théorie des Banques d'escompte* — COQUELIN, *Du Crédit et des Banques* — CHEVALIER, *Cours commercial* (1868) — FELICE LEVI, *Della riforma delle Banche* — CANTÙ, *Sulle Banche e depositi ad interesse; schiarimenti alla Storia Universale*, t. v, pag. 352 — BAYER, *La question des Banques en France et en Italie* — BRASSEUR, (professore all'università di Gand), *La Banque nationale et la liberté des Banques* — COURCELLES-SENEUIL (oltre le opere citate), *La Banque libre; Exposé des fonctions du commerce de Banque et son application à l'agriculture* — SAUSSINE, *Tout rentier peut être banquier* — MESSEDAGLIA, *Dei prestiti pubblici* — PUYRODE, *De la monnaie, du crédit et de la impôt* — LUZZATI, *La diffusione del credito e le Banche popolari* — SUDRE, *Études sur la circulation et les Banques* — ASCHERMANN, *Esquisse d'une théorie des Banques de circulation.*

l'obolo può risparmarsi ed economizzarsi col deposito, l'industria richiede operosità, forza, tenacità di propositi per fare che i risparmi diventino sorgenti di nuovi lucri, superiori all'interesse del deposito. In effetto il risparmio incammina a questo stadio di attività, ma la sua azione è lenta; e bisogna anco poter fare dei risparmi. Il governo mandò allora un appello generoso alle Casse di risparmio non come tali, ma come capitaliste. Quindi si rivolgeva anche agl'istituti filantropici e di beneficenza, non come tali, ma perchè facendosi in certo modo speculativi (1), applicassero al soccorso dell'agricoltura e dell'industria, che vive di sforzi penosi, i loro capitali con quello spirito di moderazione che li distingue. Non saprei se uscendo così francamente nella via del commercio fossero per rimanere del tutto fedeli alla loro missione. Checchè voglia dirsi di ciò, e per memoria storica, faremo notare il proposto del governo. Il suo desiderio era (oltre l'accoglienza di tutti i depositi anche minimi) si assumesse di anticipare all'agricoltura ed alla piccola industria su cambiali a breve scadenza, a semplici pagherò con pegno, anche con pagamento in rate o col sistema di ammortizzazione. Ma dirò per conto mio che le Casse di risparmio (parlo specialmente di quelle dell'Italia centrale che meglio conosco) avevano presa una direzione che in parte corrispondeva alle umane intenzioni del governo; in parte, poichè le piccole prestazioni, specializzate alla classe operaia, non erano adottate almeno per istituto.

Il Credito fondiario venne costituito col R. Decreto del 31 ottobre 1865. Il territorio italiano si divise in tre parti: il Banco di Napoli assumeva l'esercizio del Credito fondiario pei paesi meridionali; le Casse di risparmio di Milano per l'Italia superiore; il Monte dei Paschi per la centrale. A garanzia quest'ultimo assegnò il capitale di un milione, quattro milioni la Cassa di Milano, otto il Banco di Napoli. Salvo la singolarità dell'esercizio, vi si è introdotta una conveniente uniformità. Le cartelle fondiarie sarebbero tutte d'ugual forma; e l'uno stabilimento riceverebbe quelle dell'altro. Si presterebbe su valori fondiari reali in proporzione del doppio dell'ipoteca nominale. L'interesse determinato in 5, 60 p. °/₀, compreso il diritto della finanza, calcolato allora a cent. 15, e i pagamenti potrebbero combinarsi in rate successive, suddivise, e del più tenue valsente. In ciò il più sensibile vantaggio dell'agricoltura.

Un movimento di buon augurio, un movimento rispetto ai tempi anteriori, straordinario negli ultimi sette anni, attesta il risvegliarsi della nazione, quantunque, praticamente parlando, la nostra vita giovine risenta della sua naturale debolezza. In commercio la prima maestra è l'esperienza; e l'esperienza bisogna farla. Auspici la fortuna a cui dobbiamo in gran parte il nostro risorgimento, e la felice natura del nostro paese, la saviezza e la costanza dei propositi ci faranno salire al grado che ci è destinato nella gran famiglia dei popoli civili (2).

(1) E mi perdonino sempre i metafisici l'uso e l'abuso di questa parola, che regna nel linguaggio commerciale in un senso molto diverso dal loro.

(2) Un cenno specializzato sul movimento industriale ed agricolo degli ultimi sei anni (dal 1862 al 1868) a chi non intende o finge di non intendere la nuova Italia parlerà qualche cosa, specialmente riflettendo allo stato anteriore. La nota sarebbe persino troppo lunga: ma tanto meglio.

1862

Società anonima col titolo di Società Italo-Belga per costruzione e lavori pubblici (autorizzata con R. Decreto 20 marzo).

La Società degli omnibus di Milano è autorizzata ad emettere azioni di lire 500 (R. Decreto 2 marzo).

In Piacenza è stabilita una succursale alla Banca nazionale (R. Decreto 8 marzo).

Società stabilita in Bologna per la costruzione ed il risanamento delle case per le classi meno agiate (R. Decreto 9 aprile).

Società col titolo di Associazione agraria italiana (R. Decreto 10 marzo).

Società anonima per lo spurgo inodoro dei pozzi neri in Milano (R. Decreto 8 aprile).

Idem in Torino dei consumatori del gas-luce (R. Decreto 11 aprile).

Idem in Torino col nome di Compagnia anonima della strada ferrata da Torino a Savona ed Acqui (R. Decreto 7 aprile).

Idem per la costruzione delle ferrovie Calabro-Sicule in Torino (R. Decreto 16 aprile).

Facoltà accordata alla Società anonima stabilita in Genova col nome di Manifattura di Voltri e Serravalle di emettere obbligazioni di lire 1000 (R. Decreto 19 aprile).

Società anonima denominata la Prudente, in Genova, per le assicurazioni marittime (R. Decreto 4 maggio).

Idem intitolata Fabbrica d'armi nazionale italiana (R. Decreto 13 maggio).

Idem in Reggio per la vetreria di Pavullo modenese, sistema Venini (colla stessa data).

Banco di sconto provinciale cremonese (colla stessa data).

Digitized

§ III.

Del Contratto e della Lettera di cambio.

GENERALITÀ

685. *Doversi il contratto di cambio considerare nel suo complesso e nei suoi risultati, anzichè nell'analisi dei singoli suoi elementi che si assimilano nel tutto.*

Società edificatrice di case per gli operai in Milano (colla stessa data).

Società anonima col titolo di Società caldaia rotatoria Grimaldi in Genova (R. Decreto 1° giugno).

Cassa di risparmio in Chieti col titolo di Cassa di risparmio Maruccina (R. Decreto 6 luglio).

Cassa di risparmio in Fratta (R. Decreto 8 luglio).

Società col nome di Industria del gas, Società Fioruzzi e compagnia in Reggio (R. D. 20 luglio).

Associazione anonima col nome di Reale Compagnia Italiana di assicurazioni generali sulla vita dell'uomo in Milano (R. Decreto 27 luglio).

Società anonima detta Stamperia Ligure dei tessuti (R. Decreto 17 agosto).

Costituzione di una Società di risparmio in Catania col titolo di Principe Umberto (stessa data).

Società anonima intitolata Fabbrica d'armi lombarda in Coriggio (stessa data).

La Compagnia anonima stabilita in Londra col titolo — Società Unione Assicuranza — autorizzata ad esercitare nel Regno (R. Decreto 17 maggio 1861, pubblicato nel 1863, collezione *Celerifera*, p. 1).

La Società italiana di mutuo soccorso contro i danni della grandine in Milano estende le sue operazioni nella Toscana (R. Decreto 25 aprile 1861. Collezione sudd., 1863, p. 2).

Trattato di commercio e di navigazione colla Repubblica di Venezuela (9 ottobre 1862. Collezione del 1863, p. 214).

Cassa di risparmio istituita in San Sepolcro (R. Decreto 4 e 28 agosto 1862. Collez. 1863, p. 5).

Società anonima in Porto Valtravaglia per la fabbricazione dei fiammiferi (R. Decreto 27 ottobre 1862. Collezione detta, p. 9).

Trattato di amicizia e di commercio conchiuso fra l'Italia e la Persia (28 dicembre 1862. Collezione detta, p. 804).

Trattato di commercio e navigazione coi Regni Uniti di Svezia e di Norvegia (14 giugno 1862, ordinata la esecuzione con R. D. 5 ottobre 1862).

Società generale immobiliare di lavori d'utilità pubblica ed agricola (R. Decreto 5 ottobre).

Società anonima in Domodossola col nome di Macello sociale (R. Decreto 5 ottobre).

Trattato d'amicizia e di commercio colla Persia (R. Decreto 28 dicembre).

1863

Società anonima degli esercenti di Susa per la riscossione del canone gabellario (R. D 11. gen).

Compagnia anonima Torrese, sicurtà marittima, in Torre del Greco (R. Decreto 15 gennaio).

La Società intitolata — *Compagnie genevoise de l'industrie du gas* — è autorizzata a tutto il Regno (R. Decreto 15 gennaio).

Associazione di mutua assicurazione della marina mercantile Sorrentina (R. Decr. sudd. giorno).

Società anonima italiana di navigazione Adriatica orientale in Torino (R. Decreto 18 gennaio).

Idem col titolo di Cava di granito bianco d'Alzo, in Torino (detto giorno).

Società agraria d'incoraggiamento per la Lombardia (R. Decreto 25 gennaio).

Società modenese di mutuo soccorso contro i danni della grandine (R. Decreto 1° marzo).

Società anonima per la costruzione di abitazioni salubri a modici prezzi per gli operai e le classi meno agiate in Napoli (stesso giorno).

Società Tecnomatica italiana per lo sviluppo e perfezionamento delle macchine e strumenti di precisione in Firenze (R. Decreto 8 marzo).

Nuovo consolato italiano nell'isola di Curaçao nelle Antille olandesi (26 detto).

Banca di credito italiana nella capitale (R. Decreto 29 gennaio 1863 per la costituzione, 24 aprile per l'approvazione degli statuti).

Società generale di credito mobiliare italiano nella capitale (nel suddetto giorno 24 aprile).

Società anonima per la filatura dei cascami di seta, col titolo di Filatura della strusa in Cremona (R. Decreto 3 maggio).

Idem nazionale per il gaz portatile e per la utilizzazione dei fossili in Firenze (R. D. 21 marzo).

Compagnia del Bottino per l'utilizzazione dei minerali e vene argentifere in Livorno, autorizzata ad emettere nuove azioni sociali (R. Decreto 31 maggio).

Nuova Società costituita in Genova per l'ingrandimento e abbellimento della città (detto giorno).

Cassa nazionale di sconto di Toscana, stabilita in Livorno (detto giorno).

La giurisdizione del consolato italiano a Londra si estende alle Isole Bermude (R. D. 3 giugno).

Trattato d'amicizia, commercio e navigazione colla Repubblica di Liberia (R. Decreto 6 giugno).

Società del pubblico macello in Milano (R. Decreto 28 detto).

La Società delle Tontine sarde estende a tutto il Regno le sue operazioni di assicurazione mutua sulla vita (detto giorno).

Associazione anonima per assicurazioni e cambi ma-

Digitized by Google

696. *Della universalità del cambio; della sua potenza civilizzatrice.*

La lettera di cambio non è che una delle sue forme; benchè ne sia l'istromento più attivo e l'unica leva del commercio internazionale.

697. *Continuazione dell'argomento.*

Ancora delle differenze fra il contratto di cambio e la espressione che riceve nella lettera di cambio. Ma l'azione progressiva e la prerogativa eminentemente commerciale non appartiene a quest'ultima.

---

rittimi, col titolo di Compagnia Napoli e Sicilia, in Castellamare di Stabia (detto giorno).

Società anonima per l'illuminazione a gas della città di Monza, con sede in Milano (R. Decreto 5 luglio).

Società della Ferriera Masson in Colle di Val d'Elsa (detto giorno).

Società anonima per le assicurazioni marittime fluviali, col nome di Minerva in Napoli (R. Decreto 19 detto).

Istituzione di una Cassa di risparmio in Barletta (detto giorno).

Società nazionale d'industrie meccaniche in Napoli (R. Decreto 26 luglio).

Compagnia anonima per la costruzione ed esercizio di una lavanderia sociale in Torino (d° giorno).

Società anonima di consumatori di gas-luce in Milano (R. Decreto 11 agosto).

Nuova succursale della Banca nazionale in Vigevano (R. Decreto, 22 agosto).

La Società svizzera del gas, stabilita in Sciaffusa, estende la sua industria in tutto il Regno (Regio Decreto 25 agosto).

È istituita una Camera di commercio in Siena (Regio Decreto 24 aprile).

Trattato di commercio e navigazione col Belgio (9 aprile).

Cassa di risparmio costituita in Caserta (R. Decreto 22 agosto).

Società anonima torinese per la costruzione di case operaie (R. Decreto 11 agosto).

Società anonima il Politeama Pisano (R. Decreto 6 settembre).

Cassa di risparmio istituita a Mirandola (R. Decreto 27 settembre).

Trattato di commercio e di navigazione colla Russia (28 settembre).

Compagnia Mamertina di assicurazione e sconto in Messina (R. Decreto 11 ottobre).

Società anonima chiamata la *Sirena* per le assicurazioni delle navi e dei trasporti marittimi e terrestri (detto giorno).

Associazione anonima di mutua assicurazione contro i danni della mortalità del bestiame, detta la Previdenza, con sede in Milano (R. Decreto 18 ottobre).

La Società anonima stabilita in Parigi col nome di — *Caisse générale des assurances agricoles et contre l'incendie* — estende nelle provincie italiane l'assicurazione dall'incendio (d° giorno).

Cassa di risparmio a Pitigliano e Salza Irpina (Regio Decreto 5 novembre).

Trattato di commercio e navigazione colla Gran Bretagna (8 novembre).

Trattato di commercio e navigazione fra l'Italia e i Paesi Bassi (24 novembre).

Società anonima di assicurazione di merci viaggianti sul mare, sui fiumi, laghi e terra, nominata il Nettuno, in Messina (R. Decreto 26 novembre).

Associazione anonima di assicurazioni marittime e fluviali, trasporto per terra e cambi marittimi, detta la Trinacria, in Messina (detto giorno).

Altra agli stessi oggetti in Messina, detta la Vittoria (detto giorno).

Società in accomandita col titolo di Piroscafi postali di T. e V. Florio e compagni in Palermo (detto giorno).

Società nazionale italiana per la manifattura delle buste e della carta in Firenze (R. D. 17 xbre).

Cassa di risparmio in Orvieto (detto giorno).

Cassa nazionale di assicurazioni sulla vita dell'uomo a premio fisso (R. Decreto 27 dicembre).

Società anonima per le farine in Milano (R. Decreto 31 dicembre).

1864

Il Banco di Napoli istituisce succursali a Chieti e Monteleone (R. Decreto 14 gennaio).

Istituzione in Carrara di una succursale della Banca nazionale (detto giorno).

Banca Egizia Italiana, con sede nella capitale (detto giorno.

Banca della piccola Industria e Commercio in Torino (detto giorno).

Società del pane da albergo ed osteria in Milano (detto giorno).

Cassa di risparmio in Novellata, Reggio dell'Emilia (detto giorno).

Idem a Barletta (R. Decreto 22 gennaio).

Società anonima dei mulini a Torino (R. Decreto 29 gennaio).

Associazione anonima, col titolo Compagnia Immobiliare italiana in Milano (R. D. 31 gennaio).

Cassa mobiliare di credito comunale e provinciale, con sede nella capitale del Regno (detto giorno).

Istituzione di una Cassa di risparmio a Montevarchi (R. Decreto 18 febbraio).

Cassa speciale di risparmio in Milano (R. Decreto 21 febbraio).

Cassa di risparmio istituita a Grosseto (R. Decreto 17 marzo).

Nuova succursale della Banca nazionale a Lecce (R. Decreto 20 marzo).

Cassa di risparmio in Fucecchio (detto giorno).

Idem a Sassuolo (detto giorno).

Società della sartoria nazionale in Milano (detto giorno).

Società delle miniere di Strigno (R. Decr. 24 aprile).

Digitized by Google

698. *Analisi del cambio traiettizio; delle sue varietà; delle cause che ne producono la mobilità, le oscillazioni e le differenze nei corsi.*
Del conto in partecipazione.
699. *Si rivendica agli Italiani, contro nuovi attacchi, il primato delle origini e dell'uso delle lettere di cambio.*

695. Non abbiamo più a durare fatica nell'intenderci sulla essenza del contratto di cambio nel punto di vista commerciale. Esso sfugge alla lunga enumerazione dei contratti speciali

---

Banca operaia in Torino (detto giorno).
Società generale degli zolfi in Sicilia (R. Decreto 1° maggio).
Trattato di navigazione e di commercio colla Danimarca (detto giorno).
Società nazionale italiana per la fabbricazione delle buste e della carta (R. Decreto 8 maggio).
Compagnia la Civiltà in Genova per le assicurazioni marittime (detto giorno).
Società nazionale d'industrie meccaniche in Napoli (R. Decreto 22 maggio).
Compagnia Cavour per le assicurazioni marittime in Genova (detto giorno).
Trattato di commercio e navigazione col Belgio (Regio Decreto 26 maggio).
Compagnia nazionale delle bonificazioni, irrigazioni e miglioramenti nelle provincie napoletane.
Cassa di risparmio nel Comune d'Argenta (R. Decreto 5 luglio).
Nuova succursale della Banca nazionale in Ascoli Piceno e Pesaro (R. Decreto 10 luglio).
Banco Egizio-Italiano nella capitale del R. (detto).
Società Lariana di navigazione a vapore nel lago di Como (detto giorno).
Società per fabbrica di fiammiferi in Napoli (detto giorno).
Società del gas di Lodi e Ravenna in Milano (detto giorno).
La Compagnia Miniere di Garnesa, stabilita in Londra, ammessa all'esercizio in tutto il Regno (detto giorno).
Associazione anonima per le assicurazioni marittime, col nome Amerigo Vespucci, in Genova (R. Decreto 30 luglio).
Cassa di risparmio a Cesena (detto giorno).
Società per stabilimento di bagni marini galleggianti nel porto d'Ancona (detto giorno).
Nuova succursale della Banca nazionale a Lodi (Regio Decreto 4 agosto).
La Compagnia anonima per le terre italiane, costituita a Londra, autorizzata all'esercizio nel Regno (detto giorno).
Stabilito in Napoli un pubblico ufficio pel saggio di prodotti chimici (R. Decreto 16 ottobre).
Trattato di commercio colla Francia (R. Decreto 17 gennaio 1863, e 21 gennaio 1864).
Società di mutua assicurazione contro i danni della mortalità del bestiame in Milano, detta la Previdenza (R. Decreto 13 settembre).
Società di una cartiera meccanica in Ripafratta (Regio Decreto 9 ottobre)
Società tipografico-editrice in Napoli (detto giorno).
Cassa di risparmio in Caserta (R. Decr. 23 ottobre).
Banca popolare del credito sul lavoro a Montelupo fiorentino (detto giorno).
Cassa sociale di risparmio in Catania (d° giorno).
Associazione col titolo di Banca di commissione costituita in Genova (detto giorno).
Società industriale per fabbricare zuccaro di barbabietole in Rieti (detto giorno).
Società italiana in Torino per l'acquisto di beni demaniali ed altri (detto giorno).
Società forlinese per la illuminazione a gaz e la fonderia di ferro (R. Decreto 4 dicembre).
Società nominata Esperia in Napoli per le assicurazioni marittime (R. Decreto 11 dicembre).
Società per gli scavi di Calvatone in Cremona (detto giorno).
Cassa operaia Alessandrina di depositi e prestiti (detto giorno).
Cassa di risparmio a Sarzana ed a Chiamiano (Regio Decreto 18 dicembre).
Società per la vendita di beni del Regno d'Italia, in dipendenza della Convenzione approvata colla Legge del 23 novembre 1864 (d° giorno).
Cassa di risparmio ad Asciano (Siena) (R. Decreto 24 dicembre).
Idem a Finale (di Modena) (R. Decreto 31 xbre).

1865

Società in accomandita per la depurazione degli olii minerali in Torino (R. Decreto 8 gennaio).
Istituzione di una Banca succursale della Banca nazionale a Reggio nell'Emilia (Regio Decreto 15 gennaio).
Istituzione di una Camera di commercio in Savona (R. Decreto 19 gennaio).
Cassa di risparmio a Borello (R. D. 26 gennaio).
La Società d'assicurazioni, stabilita in Trieste col nome di Riunione Adriatica di sicurtà, estende le sue operazioni a tutto il Regno (d° giorno).
Compagnia generale d'assicurazioni, detta Solferino, nella capitale (detto giorno).
La società di Monteponi (Miniere presso Iglesias in Sardegna) stabilisce la sua sede in Torino (Regio Decreto 7 febbraio).
Società anonima delle case di ferro, con sede in Firenze (detto giorno).
Banca di prestiti agl'impiegati civili in Firenze (detto giorno).
Banca succursale alla Nazionale istituita a Macerata (R. Decreto 14 marzo).

Digitized by Google

descritti nel Codice civile, e rimane tutto e solo in dominio della scienza del commercio. L'idea rudimentale del cambio è in tutti i contratti di dazione reciproca; nella vendita, nella locazione, nel mutuo, nella permuta segnatamente. Ma, superata da altri elementi, in niuno prevale; niuno di codesti contratti prende il nome dalla relazione del cambio, la quale invece esprime quanto vi ha di più intimo e necessario nella vita del commercio. Dipartendosi dalla provincia delle compre-vendite e degli scambi in modo da non potersi mai confondere con quelli, il contratto di cambio ha pure in commercio una significazione determinata dall'uso, dalle consuetudini, e dai bisogni del traffico. Il cambio non è il baratto primitivo, non è una permuta; ove non abbia per iscopo che dare moneta verso mo-

---

Trattato d'amicizia, commercio e navigazione colla Repubblica di Costa Rica (18 marzo).
Coltivazione delle miniere nella provincia di Forlì (aperta con R. Decreto 25 marzo).
Compagnia Peruviana per le assicurazioni marittime in Genova (R. Decreto 23 marzo).
Compagnia Firenze costituita in Genova per le assicurazioni marittime (stesso giorno).
Società anonima in Torino per la pubblicazione del giornale *Le Alpi* (detto giorno).
Succursale della Banca nazionale istituita in Teramo (R. Decreto 18 giugno).
Idem a Potenza (R. Decreto 25 giugno).
Il Banco di Napoli, il Monte dei Paschi di Siena e la Cassa di risparmio di Milano esercitano nel Regno il credito fondiario (Convenzione dell'8 ottobre).
Istituzione di una Borsa di commercio in Catania (R. Decreto 19 ottobre).
Nuova succursale della Banca nazionale in Novara (R. Decreto 31 ottobre).

1866

Trattato di commercio colla Prussia e gli altri Stati dello Zollverein (13 marzo).
Credito fondiario assunto, oltrechè dal Banco di Napoli, dal Monte dei Paschi di Siena e dalla Cassa centrale di Milano (V. R. Decreto 8 ottobre 1865), dalle Opere Pie di San Paolo a Torino e dalla Cassa di risparmio di Bologna (R. Decreto 14 giugno).
Il Banco di Napoli è autorizzato a stabilire una sede in Firenze (R. Decreto 11 agosto).
La Banca del Popolo in Firenze aumenta il capitale da uno a dieci milioni di lire (R. D. 15 detto).

1867

La Banca nazionale è autorizzata a stabilire una sede in Venezia (R. Decreto 20 gennaio).
Borsa di commercio aperta in Palermo (R. Decreto 17 febbraio).
Istituzioni di succursali della Banca nazionale in Rovigo e Vicenza (R. Decreto 6 aprile).
Istituto internazionale italiano eretto in Torino e dichiarato Ente morale (R. Decreto 21 9bre).
Comizio agrario nel Circondario di Biella dichiarato Ente morale (R. Decreto 24 novembre).
Idem nel Distretto di Montebelluno (detto giorno).
Idem nel Distretto del Circondario di Ascoli-Piceno (detto giorno)
Idem di Gerace (R. Decreto 1° dicembre).
Comizio agrario nel Distretto di Mestre (R. Decreto 5 detto).
Idem nel Circondario di Salmon (detto giorno).
Idem istituito in Lodi (R. Decreto 8 dicembre).
Idem in Imola (detto giorno).
Idem in Pallanza (detto giorno).
Idem nel Circondario di Castiglione delle Stiviere (R. Decreto 15 dicembre).
Idem in quello di Arezzo (detto giorno).
Società anonima col titolo di Banca dell'associazione commerciale in Firenze (Regio Decreto 4 luglio 1867).

1868

Comizio agrario istituito in Susa (R. D. 25 genn.).
Idem nel Distretto di Sacile (detto giorno).
Idem nel Circondario d'Aquila (detto giorno).
Idem nel Distretto di Villafranca (stesso giorno).
Idem nel Circondario di Guastalla (stesso giorno).
Idem nel Circondario di Savona (R. D. 26 gennaio).
Idem in quello di Gallarate (stesso giorno)
Idem in quello di Caserta (R. Decreto 9 febbraio).
Idem in quello di Genova (stesso giorno).
Idem in quello di Girgenti (stesso giorno).
Idem in quello di Bologna (stesso giorno).
Idem nel Distretto di Lonigo (stesso giorno).
Idem in quello di Sanguinetto (stesso giorno).
Idem in quello di Milano (stesso giorno).
Idem in quello di Corleone (stesso giorno).
Idem in quello d'Este (R. Decreto 13 febbraio).
Idem in quello di Padova (detto giorno).
Idem in quello di Novi Ligure (detto giorno).
Idem in quello di Barletta (stesso giorno).
Idem in quello di Cesena (stesso giorno)
Idem nel Circondario di Chiavari (R. D. 16 febbr.).
Idem in quello di Caprino (detto giorno).
Idem in quello di Terni (detto giorno).
Idem in quello del Vasto (detto giorno).
Idem in quello di Firenze (R. Decreto 23 febbraio).
Idem in quello di Mortara (detto giorno).
Idem in quello di Parma (detto giorno).
Idem in quello di Bergamo (detto giorno).
Idem in quello di Longarone (detto giorno).
Idem in quello di Treviso (detto giorno).
Idem in quello di Acqui (detto giorno).
Idem istituito in Torino (R. Decreto 1° marzo).
Idem nel Distretto di Mirano (detto giorno).
Idem in quello di Portoguaro (R. Decr. 12 marzo).
Idem in quello di Cologna (detto giorno).
Idem in quello di Castelfranco (detto giorno).
Idem nel Circondario di Forlì (R. D. 26 marzo).

Digitized by Google

neta d'altra specie e qualità (cambio di valute), si esercita allora una funzione particolare del cambio, manuale anzichè arditamente speculativo, e si distingue mediante il predicato che vi si aggiunge. Il cambio delle valute non è il contratto di cambio, ma cambio semplicemente.

Il contratto di cambio ha una natura tutta sua propria. Ho bene esaminata la definizione datane da NOUGUIER, e mi è sembrata con-

---

Comizio agrario nel Distretto di Vicenza (detto giorno).
Idem nel Circondario di Sondrio (detto giorno).
Idem in quello di Saluzzo (R. Decr. 29 marzo).
Idem in quello di Terranuova (R. D. 1° aprile).
Idem in quello di Lecce (detto giorno).
Idem in quello di Legnago (detto giorno).
Idem in quello di Spoleto (detto giorno).
Idem in quello di Figline (detto giorno).
Idem in quello di Pinerolo (detto giorno).
Idem in quello di Como (R. Decreto 15 aprile).
Idem in quello della Valle della Lucania (detto).
Idem in quello di Vergato (detto giorno).
Idem in quello di Pavullo (detto giorno).
Idem in quello di Thiene (detto giorno).
Idem in quello di Abbiategrasso (R. D. 20 aprile).
Idem in quello di Spezia (detto giorno).
Idem in quello di Lucca (detto giorno).
Succursali della Banca nazionale istituite a Caserta, Benevento e Campobasso (R. Decreto 29 aprile).
Comizio agrario istituito nel Distretto di Mantova (detto giorno).
Idem nel Circondario di Piazza Armerina (detto).
Idem in quello di Mistretta (detto giorno).
Idem in quello di Sciacca (R. Decreto 7 maggio).
Idem in quello di Noto (R. Decreto 10 maggio).
Idem in quello di Brindisi (detto giorno).
Idem in quello di San Pietro Incariano (detto).
Idem in quello di Monza (detto giorno).
Idem in quello di Novara (detto giorno).
Idem in quello di Caltagirone (R. D. 14 maggio).
Idem in quello di Bovino (detto giorno).
Idem in quello di Varallo (detto giorno).
Idem in quello di Alcamo (detto giorno).
Idem in quello di Messina (detto giorno).
Idem in quello di Bardolino (detto giorno).
Idem in quello di Monteleone (detto giorno).
Idem in quello di Ariano (R. Decreto 31 maggio).
Idem in quello di Campo San Piero (d° giorno).
Idem in quello di Feltre (detto giorno).
Idem in quello di Schio (detto giorno).
Idem in quello di Tortona (detto giorno).
Idem in quello di Mirandola (detto giorno).
Idem in quello di Oristano (R. Decr. 8 giugno).
Idem in Verona (R. Decreto 11 giugno).
Idem in quello d'Avezzana (detto giorno).
Idem in Acireale (R. Decreto 27 detto).
Idem in quello di Capriata d'Orba (d° giorno).
Idem in quello di Città Ducale (detto giorno).
Idem in quello di Fonzaso (detto giorno).
Idem in quello di Lanciano (detto giorno).
Idem in quello di Lecco (detto giorno).
Idem in quello di Napoli (detto giorno).
Idem in quello di Palermo (detto giorno).
Comizio agrario nel Circondario di Perugia (detto giorno).
Idem in quello di Pontremoli (detto giorno).
Idem in quello di San Bartolomeo in Galdo (detto).
Idem in quello di Ferrara (detto giorno).
Commissione istituita per le associazioni delle bonificazioni delle provincie meridionali (R. Decreto 8 agosto).
Comizio agrario istituito in Alba (R. D. 9 luglio).
Idem in quello di Pavia (detto giorno).
Idem in quello di Grosseto (detto giorno).
Idem in quello di Vittorio (detto giorno).
Idem in quello di Bivona (R. Decreto 16 luglio).
Idem in quello di Comacchio (detto giorno).
Idem in quello di Conselve (detto giorno).
Idem in quello di Cremona (detto giorno).
Idem in quello di Revere (detto giorno).
Idem in quello di Sassari (detto giorno).
Idem in quello di Verolanuova (detto giorno).
Idem in quello di Voghera (R. Decreto 19 luglio).
Idem in quello di Cagliari (R. Decreto 29 detto).
Idem in quello di Matera (detto giorno).
Idem in quello di Polesella (detto giorno).
Idem in quello di San Vito al Tagliamento (detto).
Fondazione di un Istituto in Venezia col titolo di R. Scuola superiore di commercio (R. Decreto 8 agosto).
Comizio agrario istituito nel Distretto di Maniago (R. Decreto del 6 agosto).
Idem nel Circondario di Firenzuola d'Arda (detto).
Idem in quello di San Bonifazio (R. D. 23 agosto).
Idem in quello di Catania (detto giorno).
Idem in quello di Varese (detto giorno).
Idem in quello di Foligno (R. Decreto 10 ottobre).
Idem nel Distretto di Cividale (R. Decr. 14 detto).
Idem in quello di Cittadella (detto giorno).
Idem in quello di Gonzaga (R. Decreto 27 detto).
Idem in quello di Latisana (detto giorno).
Idem nel Circondario di Mazzara del Vallo (R. Decreto 8 novembre).
Idem in quello di Lugo (detto giorno).
Idem in quello di Adria (R. Decreto 15 detto).
Idem in quello di Nola (detto giorno).
Idem in quello di Ravenna (detto giorno).
Idem in quello di Gaeta (R. Decreto 19 detto).
Idem in quello di Melfi (detto giorno).
Idem in quello di Albenga (detto giorno).
Idem in quello di San Donà (R. Decreto 2 xbre).
Istituzione di un Opificio meccanico in Torino per oggetti di vestiario e arredi per l'esercito (R. Decreto 13 detto).
Comizio agrario istituito nel Distretto di San Pietro al Natisone (R. Decreto 27 detto).
Idem in quello di Lanusei (detto giorno).
Idem in quello d'Aosta (detto giorno).

Digitized by Google

veniente « Une convention complexe, un contrat comutatif du droit des gens, dont le résultat principal est une cession ou un transport à personne désignée ou à ses ayants droit, d'une somme d'argent payable en un autre lieu en échange de pareille somme, ou de sa valeur donnée par celui à profit duquel il s'est fait ».

Vi fu un tempo in cui il contratto di cambio fissò l'attenzione dei moralisti. Nel fondo vi trovavano il mutuo. Si presta qui per avere la restituzione in altro luogo. Il profitto che ne ritrae il commerciante prestatore di somme nasconde l'usura. L'argomento che oggi non è serio, meritò l'onore della confutazione (1). Ne fu eccitato lo spirito d'analisi. Che è dunque il cambio se non è un prestito? È una compra-vendita, dissero i più. È una permuta, disse qualcuno. Soprattutto è riflessibile che l'esame del contratto di cambio non può disgiungersi dall'istrumento massimo del suo esercizio, che è la lettera di cambio. Ivi è lo specchio o l'esemplare delle complicazioni che ne succedono; in altri termini, vi si scorge la espressione dei rapporti giuridici che si sviluppano dal cambio. Così portando lo sguardo sull'azione pratica, noi comprendiamo un complesso, suscettivo di analisi come ogni complesso, ma avente un'esistenza propria e totalmente distinta da qualunque altra negoziazione.

Investigati gli elementi del sistema cambiario visto in azione, poterono partitamente discernersi. A me non importa ripetere ciò che già tutti sanno (2), essendochè nell'ultimo risultato non so vederne la importanza. Se mi permettessi di sollevare una parolà verso tanto senno, direi che il dare troppo rilievo ad elementi che sarebbero sostanzialmente diversi ma si assimilano fra loro per comporre un tutto, non conferisce a far bene intendere questo tutto. Si può ben dire che il contratto di cambio, risultante dalla lettera di cambio, non è nessuno dei contratti che si vengono specificando quasi in esso compresi, imperocchè, come testè osservai, è una sostanza distinta, e si governa colle proprie sue leggi.

696. Il contratto di cambio è il contratto commerciale per eccellenza; sue ragioni di essere sono la movenza e lo spazio; la sua azione oltrepassa di gran lunga la cerchia limitata dell'operare civile. La legislazione civile è *nazionale;* ma il contratto di cambio è *internazionale* più che qualunque altro fatto del commercio (3). Dissi che il cambio è *moto* e *spazio;* non è soltanto il fiume reale che attraversa maestosamente il nostro paese; è il mare che bagna le dimore di tutti i popoli della terra, e loro apre immensi sbocchi di comunicazione. I contratti commerciali d'altra maniera hanno qualcosa di particolare: il cambio è universale. E ciò in più modi, secondo io considero. Perchè è il veicolo continuo e perenne di comunicazione fra i popoli commercianti. Perchè rappresenta l'esecuzione ordinaria e comune di tutti gli altri contratti. Perchè riassume mirabilmente lo stato di civiltà e le condizioni di fortuna di tutti i paesi, i quali fatti vengono a riflettersi nelle proporzioni del cambio, direi come nella lente rovesciata dell'occhio si riflettono le sembianze degli oggetti esteriori. Noi lo vedremo più avanti esami-

(1) «Cambium est emptio et venditio, ut ostendi, *ergo non potest esse mutuum* (Scaccia, quest. 4, 16).

Altri non ammetteva la compra-vendita, ma si occupava di respingere anche il mutuo. « Cambium nundinale *non sit mutuum* nec emptio venditioque; sequitur esse permutationem pecuniæ præsentis cum absente » (Merenda, cap. i, num. 26).

« Ainsi, pour toutes ces differences essentielles, il est constant *que le change n'est pas un prêt* » (Dupuis de la Serre, art. *Des lettres de change*, chap. iii, num. 9).

Vedi Pothier, *Traité du change*, chap. iv, nº 51).

(2) Rapporto al traente e il prenditore della cambiale, è compra-vendita (Baldus, Cons. 348, numeri 5 e 6; Casaregi, disc. 56 e 59). Committendo il traente al trattario di pagare per l'importare della cambiale, con ciò si verifica il mandato (Torre, *De cambiis*, disput. 2, quest. 3, §§ 15 a 17); Ansaldo, *De commerc. et camb.*, disc. 1, num. 22). Si vuole finalmente che rispetto all'accettazione del trattario abbiasi un contratto della natura di quelli *de constituta pecunia* (Torre, disput. 17; De Luca, *De cambiis*, disc. 20; Strikius, *De cambialium liter. acceptatione*, cap. iv. Pardessus (*Traité des lettres de change*, num. 20) c'indica eziandio la fideiussione, sembrando all'illustre commercialista che la obbligazione permanente di chi trae la lettera a garantirne gli effetti al portatore, valga la fideiussione.

Ci sarebbe da impiegare molto tempo, volendo esaminare codesti ravvicinamenti che furono del gusto di alcuni secoli.

(3) I rapporti commerciali s'incontrano nella maggiore loro importanza fra uomini di diverse nazioni. Pardessus aveva detto (nel *Journal des savants*, ottobre 1842, pag. 629): « Il n'est pas de banquier de fabricant, de négociant, d'armateur pour peu que ses affaires aient quelque étendue qui ne soit en rélation d'intérêt avec des étrangers, et qui n'ait besoin de connaître les lois d'autres pays, soit pour s'y défendre, soit même pour réclamer l'application de ces lois devant les tribunaux de son propre pays ».

nando l'indole pratica del cambio; intanto ritengasi che non vi ha nulla di poetico nè di esagerato in tutto questo.

Sembra dato agl'interessi materiali (singolare fenomeno!) l'incarico d'incivilire e moralizzare le nazioni. Il dispregio degli interessi materiali (parlo dei popoli, non degli individui) può produrre delle virtù selvagge, non un vero stato di civiltà. La miseria e l'abbrutimento sono fratelli. Date ai popoli il sentimento di un benessere materiale, frutto dell'industria, della scienza e del lavoro, e vedrete rialzarsi dappertutto la moralità. E ciò per la semplice ragione che senza il retto impiego delle facoltà intellettive e senza onestà e probità di costumi non si acquista, nè si eserce il credito; non si formano transazioni che condotte in buona fede e lealtà continuamente si rinnovano. Come la bontà dei costumi lega gl'individui d'una famiglia fra loro, così stringe in socievole fratellanza i popoli commercianti; il commercio si cementa coll'onore, progredisce colla scienza: i due fattori principali d'ogni morale e civile progresso.

Il cambio (nella sua precisa accettazione commerciale) non si effettua nello stesso luogo, ma da luogo o piazza di commercio ad altro luogo o piazza di commercio: questo concetto è fondamentale. Esso ne spiega la ragione; spiega la struttura, il meccanismo, le prerogative della lettera di cambio. Il più eminente bisogno del commercio, considerato nella sua azione mondiale, è il trasporto dei valori materia ed alimento perpetuo delle negoziazioni. Se l'uomo, senza bisogno d'intermediari, potesse portare il suo sacco di danaro da un punto all'altro del globo e poi rifare la strada, si capisce che l'opera del cambio sarebbe molto meno necessaria. Non potendosi, occorre avere alla mano un mezzo facile onde non solamente si risparmi questa fatica, ma si risparmi persino il trasporto della moneta e dei suoi rappresentativi, ideando combinazioni che ne facciano l'ufficio; non abbiano per motore che la volontà, e per esecutore che una formula schietta e breve, suscettiva di comprendere con successive ampliazioni rapporti senza numero che possono esservi aggiunti; ed avere per veicolo un istrumento dotato di una mobilità pari al bisogno della circolazione. Questo mezzo, questo veicolo, questo istrumento, è la *lettera di cambio*.

Poco dirò sul tempo e sugli autori di questa invenzione, celebre e non meno utile di quelle altre che hanno dato ai popoli una esistenza nuova e trasformata la faccia del mondo. Vi è talvolta dell'ozioso in simili erudizioni, e forse non ne parlerei se anche qui non ci venisse fra i piedi l'invido straniero a contrastarci uno dei nostri vanti (V. n° 699).

Dare dei valori in un luogo perchè siano pagati in un altro, ecco non l'unico, come dicono alcuni, ufficio della lettera di cambio, bensì il principale. Siamo ben d'accordo con tutti gli scrittori che il contratto di cambio è fuori della lettera, perchè lo precede quando essa esiste, e non ha per condizione d'esistenza la forma di una cambiale. Veramente il contratto di cambio non è assoggettato da veruna legge ad una forma particolare. Anche senza immaginare un trasporto materiale di valori, che d'altra parte non è impossibile, si comprendono altri mezzi di passaggio e di trasporto con vera effettuazione di un cambio. Che la cambiale non costituisca tutto il contratto, ossia che la forma non importi la sostanza, si prova da ciò: chi promette ad un altro di rilasciare una lettera di cambio, è obbligato a rilasciarla, e rifiutandosi, deve rifonderne il danno (1). Ciascuno intende che il cambio può eseguirsi fra commercianti lontani in conto corrente.

« Il ne faut donc pas confondre (lo dirò « colle parole di NOUGUIER), le contrat et la « lettre de change: elle le suppose et le met « en action, mais ne le crée pas; il est la fin, « elle est le moyen *et l'unique moyen*. Les « actes, les écrits qui constateraient son exi« stence ne pourraient pas la remplacer, et « n'en seraient que la promesse. Ainsi l'écrit « par lequel une personne reconnaît avoir reçu « d'un autre une lettre de change, payable à « une certe époque, avec promesse de lui en « rendre compte, n'a le caractère ni de lettre « de change, ni de billet de change (2).

697. A prova che il contratto di cambio non

(1) Per l'articolo 1218 del Codice civile « chi ha « contratta una obbligazione è tenuto ad adem« pierla esattamente, e in mancanza, al risarci« mento del danno ». Un esame approfondito del titolo delle obbligazioni ci porta ad osservare che *nella capacità e nel consenso* è posta la radice dell'obbligazione (articolo 1104), e si omette del tutto la forma *come condizione di obbligazione*. Eppure per motivi generali e d'ordine pubblico qualche volta i due accennati e primari requisiti non bastano, richiedendosi una data forma; come nelle donazioni fra vivi (articolo 1056).

(2) *De la lettre de change*, num. 52 (Cassazione francese, 19 gennaio 1815 (SIREY, tom. XIII, p. I, pag. 110).

nasce colla lettera di cambio, si esserva che esso non si risolve neppure colla perdita della lettera. In realtà il cambio è una convenzione bilaterale che si fa nell'interesse reciproco di due parti, poichè se il datore della pecunia ha un vero interesse nel trasporto per l'esito dei propri affari, anche il traente della lettera è riputato avervi interesse, non tanto per il profitto della commissione, quanto perchè in commercio domina questa presunzione perpetua, che ogni operazione sia interessata in un senso più generale di quello che dal visibile profitto e dalle circostanze del caso concreto potrebbe risultare. Il traente si direbbe avere interesse, avvegnachè si prestasse gratuitamente ed altresì con un certo compenso al prenditore; dovendosi pensare che le combinazioni commerciali sue proprie, gli facciano desiderare di compiere quella operazione. Così l'impegno dal canto suo è corrispettivo e insolubile colla sola obbligazione del cambio.

L'obbligazione del cambio si adempie per parte del prenditore colla prestazione effettiva del valore che è la base ordinaria di una tratta regolare, e con altri mezzi ancora come vedremo a suo luogo. La sola promessa del banchiere, senz'altre condizioni, è impegnativa (1). Il banchiere vi adempie colla formazione della lettera di cambio, col rilascio di essa al prenditore, o colla spedizione. Vero è che l'esposizione del traente permane e costituisce per lui un obbligo che non termina se non col pagamento della tratta; ma ora accenniamo soltanto a questi primi suoi rapporti col prenditore.

Per altro la lettera di cambio, come documento, ha una potenza sua propria, tipica, inerente al suo organismo. La quale osservazione, quanto elementare altrettanto capitale nelle sue conseguenze, mostra che se la cambiale non è che una forma del cambio, essa ne rappresenta la finalità essenziale. Con questa espressione intendo significare che la ragione per cui il cambio è supremamente importante nell'ordine commerciale, consiste nella funzione della lettera di cambio, anzichè nello stesso contratto che la produce, malgrado la sua paternità più che legittima. Che sarebbe il cambio in se stesso non estrinsecato nella lettera? Un contratto valido è da eseguirsi lealmente e interamente senza dubbio; restringendosi però alle proporzioni dell'interesse privato, perde la sua vera importanza: l'importanza commerciale. Quindi è che il contratto non ha punto la prerogativa di una cambiale o risulti da promesse verbali, o da scrittura. Anzi, ed è questa singolarità da osservarsi, non sarebbe neppure per se stesso atto commerciale, mentre potrebbe divenirlo per la qualità delle persone contraenti (2).

Quello cui si accennava è fuori di dubbio un contratto di cambio; non essendo altro quello che precede la formazione della lettera, conseguenza del consenso valido che *in idem placitum* hanno dato le parti. Ne abbiamo veduto i caratteri. L'apparizione invece della lettera di cambio, comunque imperfetta per mancanza d'accettazione, fissa senz'altro la competenza commerciale. Sorge da essa una folla di obbligazioni che si complicano e s'intrecciano quanto più la lettera di cambio è spinta nella circolazione, e il contratto di cambio più non si rammenta se non come il primo moto della volontà che ha dato l'impulso, e non ha più altra misura che l'espressione che ha prodotta.

698. Tutte queste idee preliminari sfuggono alla pratica di commercio che non si occupa di astrazioni, nè di altra natura di cambio, fuorchè del *traettizio* e delle sue operazioni; e in queste medesime non osserva che il *cambio-prezzo*, ossia le differenze dei cambi; oggetto continuo degli studi e delle apprensioni di chi esercita quest'arte. Ora sappiamo

(1) Salva l'eccezione del valore non somministrato, del che ora non si deve trattare.

(2) Un esempio a schiarimento. Tizio, banchiere, debitore di Caio, gli promette di trarre per conto dello stesso Caio, una lettera di cambio, di cui questi ha bisogno, sopra una piazza estera. Abbiamo il contratto di cambio, ma non la lettera, perchè Tizio manca alla promessa. Caio gli fa assegnare un termine a prestare il fatto, *alias* a rifondergli il danno. Il banchiere è condannato; l'affare non presenta veruno interesse al commercio in generale, giustamente geloso delle prerogative della lettera di cambio. Se non si trattasse di persone commercianti, la questione dovrebbe dirsi pertinente alla giurisdizione civile. Un proprietario che si obbliga verso un altro proprietario di fargli tenere una cambiale ch'egli dovrà poi richiedere ad un banchiere, non fa con ciò un atto di commercio. Il fatto ch'egli deve prestare non è la stessa lettera di cambio, ma *il far cosa onde* il promissionario abbia la lettera, ossia deve prestare le diligenze opportune, sborsare o no la somma secondo ch'egli sia o no creditore dello stesso banchiere; ma questa medesima prestazione all'effetto di ottenere una cambiale, che poi non si ottiene, non è da considerarsi atto di commercio.

due essere le cause principalissime della differenza; il *corso monetario* e la *situazione del commercio* in relazione alle diverse piazze fra le quali si effettua l'operazione. Dirò cose note, ma da non potersi trascurare, collegandosi con più gravi considerazioni che verranno in seguito.

Ufficio principale del banchiere essendo quello di trasportare da un punto all'altro i valori (1), il suo profitto è nella scelta dei mezzi più economici per effettuarne il passaggio. La spesa che dovrebbe sostenere il privato pel trasporto delle specie, unita al pericolo, è base di giustizia alla indennità del banchiere. Ciò avviene quando gli è pagata la somma in un luogo con incarico di pagarla in un altro. Talvolta è il creditore che dovendo riscuotere una somma all'estero, o in piazze più o meno distanti, a scadenza più o meno remota, vende le cambiali al banchiere col rimborso degli interessi: contratto che diventa cambiario per effetto della distanza. Riscuotere in un altro paese, trovarsi colà delle somme disponibili da rimpiegare, e le quali o ritornano o si presumono ritornare nella cassa del banchiere che le ha anticipate, costituisce operazione di cambio nel senso formale della parola.

Ma ciò è al tutto semplice; si conoscono le complicazioni che vengono poi succedendo in commercio. I commercianti inviano rispettivamente le loro merci da un paese all'altro (figuriamo da Napoli a Marsiglia e viceversa), e hanno quindi a rimettersi e ritirare il prezzo. Alla Borsa di Napoli, coll'opera degli agenti di cambio, quelli che devono effettuare i loro pagamenti a Marsiglia, s'incontrano con quelli che devono riscuotere nella stessa piazza per le spedizioni che vi hanno fatte. I debitori verso Marsiglia acquistano le tratte dai creditori e si operano compensazioni d'ogni maniera. Sembra che tali operazioni potrebbero farsi allo stesso mercato, alla Borsa di Napoli o di Marsiglia; e avverrebbe di fatto se la massa che una piazza deve all'altra fosse equilibrata. *Si avrebbe un cambio alla pari*, tolte le differenze che vengono dagli accidenti di luogo, di scadenza e simili. Ma gl'interessati possono anche non incontrarsi, è allora quegli che fa per tutti, e anche nell'interesse proprio, è lo stesso banchiere. La carta si vende a lui; ed egli, onestamente, esige uno sconto più o meno forte secondo ch'egli ha o non ha bisogno di quella carta, poichè in questo secondo caso corre il rischio della rivendita. In tal guisa il corso giornaliero del cambio si viene fissando a ragione delle domande e delle offerte della carta di Napoli o Marsiglia.

Simili particolarità vengono però a fondersi in un punto di vista generale. Lo stato di credito o di debito di una gran piazza di commercio verso l'altra, è in realtà permanente sino al manifestarsi di certe crisi decisive, malgrado le accidentali oscillazioni di ogni giorno. Quindi *il pari* non è quasi possibile. L'elemento circostanziale ha tuttavia la più vivace influenza sulla determinazione precisa del corso. Quando la piazza di Napoli è in condizione di dover offrire e offrire carta su Marsiglia, e niuno ne richiede, essa cade in discredito, pel momento almeno, e il banchiere ne vuole un compenso maggiore.

Nel cambio fra piazze estere, elemento rimarchevole di differenza è l'*aggio della moneta*. Di due diverse monete, suol prendersi come base della negoziazione l'unità di quella che rappresenta il valore della cosa che si vende; e che dai cambisti si chiama *il certo* (dato certo). Il termine variabile sta nella moneta estera, che funge quale prezzo della merce venduta; e appellasi *l'incerto*. Una lira sterlina, termine certo e conosciuto a Londra, si paga a Parigi una certa quantità maggiore o minore di franchi: è il termine *incerto* (2). I corsi non sono sempre reciproci, e vogliono ragguagliarsi e ridursi coi calcoli alla loro vera espressione (3).

Pei commercianti il cambio alla pari, l'ho già detto, più che un fenomeno, è quasi un'impossibilità. Nell'apparenza il cambio è alla pari quando a Napoli e a Marsiglia si danno cento once d'argento per cento once d'argento dello stesso titolo e peso. Contuttociò uguaglianza non ci sarebbe se non concorrendo le condizioni seguenti: 1° che cento once d'argento avessero lo stesso valore nei due paesi,

(1) Le istituzioni delle Banche hanno oggetti più variati e più estesi, come si mostrò.

(2) Cambio *diretto* è quello che risulta dai *listini*. — Abbiamo anche l'*indiretto;* quello cioè che richiede la valutazione di una terza moneta, onde s'induce più complicato ragguaglio. Il che avviene quando non esiste cambio aperto fra due piazze, e vi ha bisogno d'intermediario.

(3) Taccio dei vari aspetti sotto i quali il commercio monetario considera la moneta — *reale* — *in conto* — *o di cambio*. La moneta *di cambio* è piuttosto immaginaria che effettiva; regola e misura del cambio come la lira sterlina, che esiste o non esiste in commercio, ma si usurpa come termine di ragguaglio, facendovi corrispondere, secondo lo stato dei corsi, una certa quantità di carta o moneta.

cioè potessero permutarsi nella stessa quantità di cose mercatabili; 2° identità di peso; 3° uguale facoltà di trasportare il metallo altrove, anche in relazione delle leggi finanziarie rispettive (1).

Nelle combinazioni del cambio ricordiamo anche quella operazione che chiamasi *conto in partecipazione*, o *à demi*, che due banchieri di piazze estere fanno in comune. In luogo di pigliar provvigione l'uno sull'altro, si aiutano per dividere il profitto: vera società in partecipazione. Suole stabilirsi il fondo che ciascuno vi destina, regolarsi il riparto degl'interessi; scambiansi effetti commerciali da esitare e nelle proprie e in altre piazze, speculando sottilmente sui corsi. È un impiego di capitali come un altro; si acquista o si vende, accorrendo nel primo caso ove il piano del commercio si abbassa, e virando di bordo nel secondo ove la ricerca è maggiore, studiando la politica, annasando da lontano l'odore della polvere, giovandosi delle nuvole e del sereno, approfittando di tutto. Arte d'ingegno e di sagacità singolare. Arte utile nello stesso tempo, che sparge la fecondità sopra ogni gleba ove la pianta *traffico* può svilupparsi; e crea situazioni ed attriti industriali che non avrebbero luogo se ogni paese fosse abbandonato, per così dire, alle sole sue ispirazioni e alle sole sue forze.

Un cenno sulle *operazioni di circolazione* per intenderci sul significato del vocabolo. Con esso il linguaggio del commercio raffigura un movimento anormale e di ripiego a cui suol abbandonarsi un commerciante che non può disporre di danaro o di effetti suoi propri; non forse perchè privo d'ogni fortuna, ma perchè ha impiegato il suo capitale, e non può al momento valersene. Fare delle tratte e realizzarle, verso la scadenza farne delle altre e imborsarne il prezzo per pagare i cessionari delle prime, e così via discorrendo, fintantochè potrà ricuperare il suo capitale: vita d'espedienti. Appena è da dire che il giro più o meno palliato si viene scoprendo, e bisogna affrettarsi ad uscirne.

—

699. Un po' di storia.

La lettera di cambio non fu conosciuta dagli antichi popoli più o meno dati al commercio, per la semplice ragione che non esercitarono il cambio nel lato senso della parola. La indagine storica è costretta a dirigersi verso la nuova èra commerciale, contemporanea ai primi baglıori della civiltà moderna. Noi italiani reclamiamo il primato di questa invenzione; e abbiamo anche l'appoggio di scrittori francesi la cui autorità può valerci contro quelli di altri scrittori francesi degli ultimi tempi, che non potendo ascrivere questo pregio alla loro nazione, lo negano però alla nostra, facendone piuttosto autori gli ebrei del secolo VII, espulsi in quel tempo dalla Francia.

Mi si permetta di trascrivere intero un passaggio di Dupuy de la Serre: « Le temps et « l'origine des inventeurs *de change* est fort « incertaine (2). Quelques-uns l'attribuent au « bannissement des juifs du royaume (de « France), ordonné pendant les règnes de Da« gobert I en 640, de Philippe Auguste en « 1181, et de Philippe le Bon en 1316; et « disent que *s'étant retirés en Lombardie* pour « avoir l'argent qu'ils avaient déposé entre les « mains de leurs amis, ils se servirent du mi« nistère des voyageurs et des lettres en style « concise et de peu de paroles ».

« De Rubis, dans son *Histoire de la ville de « Lyon*, l'attribue aux Florentins qui chassés « de leur patrie par le Gibellins, *se retirèrent « en France* où ils commencèrent *le commerce « du change* pour tirer de leur pays soit le « principal, soit le revenu de leurs biens ».

« *Cette opinion* (aggiunge il suddetto Du« puy) *semble la plus probable*, parceque la « première produit une incertitude de plus « de 600 ans, savoir si le change a été inventé « en 640 ou en 1316, et d'un autre côté, le « bannissement étant la punition de leurs ra« pines et de leurs malversations qui leurs « avaient attiré la haine de tout le monde (3), « l'on ne peut supposer que personne ait voulu « se charger de leur argent en dépôt, les as« sister *et avoir commerce avec eux au préju« dice des ordonnances* ».

(1) Indi nasce quello che i pratici appellano *cambio favorevole o sfavorevole*. Conosco le critiche fatte dagli economisti a questa nomenclatura della scuola colbertista; e riportate ai principii generali del commercio, sono apprezzabili. Il commerciante indica così la condizione che gli è fatta dallo stato attuale del commercio di piazza a piazza in quanto sia più vantaggioso per lui *il trarre o il rimettere*, sempre in relazione al proprio particolare interesse.

(2) Noto questa espressione che troveremo contenere un'idea vera e decisa, la ricerca sulla lettera di cambio non essendo altro che quella della tecnica stessa del cambio traiettizio.

(3) Lasciamo là questo tratto di storia che non ci riguarda; basti avvertire che scrittori più recenti di Dupuy de la Serra danno altre cagioni alle persecuzioni ebraiche in quell'epoca disgraziata.

Digitized by Google

Persil che riporta questo brano del celebre scrittore *dell'arte del cambio*, conviene nella giustezza di tale avvertenza. Qualunque fosse il motivo della espulsione degli ebrei dalla Francia, fatto è che gli ebrei erano perseguitati con accanimento e messi quasi al bando delle nazioni; quindi non è facile persuadersi come in quella occasione appunto della loro cacciata dalla Francia, profughi e sbattuti dalla aventura, quei trafficanti industri ma oppressi, avessero potuto farsi centro di un'attività commerciale che non esisteva ancora fra i popoli.

Si può ammettere che pei loro bisogni mandassero degli ordini, delle lettere ai loro corrispondenti d'altri paesi, trasmettendo o facendosi trasmettere con questo mezzo dei valori, come Cicerone molto prima incaricava il suo banchiere di Atene per le paghe del figliuolo che studiava o non studiava in quella sede del sapere. Un mezzo così semplice lo avranno usato talvolta gli antichi senza volersi ad essi attribuire il primario esercizio del cambio e la scoperta del suo principale istrumento. È impossibile non riferire questo fatto trasformatore del commercio ad un'epoca più avanzata. Lo intese Samuele Ricard, che nel *Traité général du commerce*, intorno a questo punto di storia, osservava che quelli d'Amsterdam, ove si ritirarono i Ghibellini (fuorusciti di Fiorenza), furono i primi che *senza necessità e puramente per lo commercio* (si noti bene!) si servirono delle lettere di cambio, *e ne sparsero l'uso per tutta Europa col mezzo dei loro corrispondenti*. E siccome io pongo qui tutto l'argomento della contesa, mi piace di rammentare il seguito delle osservazioni di questo insigne commercialista: « Tutti i commercianti videro « essere ciò si mirabilmente utile per facilitare « il commercio ed ovviare ai pericoli dei furti, « che adottarono comunemente questo sistema. Re e principi lo favorirono con grande « animo, circondandolo di privilegi ed assegnando piazze e pubblici luoghi *per esercitare il cambio*. L'usanza quindi è divenuta « universale e talmente necessaria, che senza « le lettere di cambio le negoziazioni e gran « numero di affari nel mondo non sariano possibili » (1).

Casaregi ne discorre con entusiasmo: « Alla « gloria della nazione sempre ingegnosa dei « Fiorentini di avere avuto un Galileo che « scoprì nuovi cieli, un Amerigo Vespucci che « trovò nuove terre, ed un Accursio che nell'interpretare le leggi fu il principe dei giureconsulti, si può aggiungere il nuovo contratto di cambio trovato dai nostri concittadini della parte guelfa, per ritirare senza « spesa e pericolo le loro sostanze della patria in Lione, ove cacciati dalla parte contraria dei Ghibellini si erano rifugiati » (2) (Disc. 218, n° 1).

Noi diciamo che la ricerca sull'origine della lettera di cambio si compenetra ed è inseparabile da quella dell'esercizio medesimo del Cambio in una scala abbastanza estesa e non di sola occasione, ma popolare e abituale. Tre documenti ci restano di un'età relativamente antica che rivendicano questo vero primato all'Italia.

Un atto del 1177 che i capi della Lega lombarda inviarono all'imperatore Federico onde fossero conservate le consuetudini *nelle tavole dei cambiatori e negoziatori*: reclamo al quale nel Trattato di Costanza si fece ragione.

Un diploma del magistrato civico di Napoli del 1190, col quale i *negoziatori di cambio* sono abilitati a sottoporre in Napoli *ai consoli di loro nazione e scelta* la decisione delle loro differenze, *secondo gli antichi loro buoni costumi*. E dimostra come si trattasse non solo di cambio interno, ma d'internazionale e traiettizio.

Papa Gregorio XI, nel 1233, dichiarò di aver riscosso le sue rendite in Inghilterra e in Francia per mezzo degl'italiani Angelerio, Solafico e compagnia, *compsores* (3); vere banche di commercio, secondo i tempi. Al n° 684 ho ricordato con onore una recente pubblicazione del signor Peruzzi dalla quale opera possono aversi argomenti storici i più positivi per dimostrare l'antichità dell'arte cambiaria in Firenze. Due epoche ci vengono accordate dai nostri contraddittori. Quella del 1243 dello statuto avignonese; e del 1272, di legge veneta, nei quali monumenti la esistenza della lettera di cambio è letteralmente provata.

I francesi non possono certamente scrivere fra i numerosi loro fasti anche quello d'essere

(1) Aggiungi Locré, *Législation civile et commerc.*, tom. xi, pag. 314-515, édition Wahlen; e Baldasseroni, *Leggi e costumi del cambio*, pref. n° 6.

(2) La maggior parte dei ghibellini di Fiorenza, grandi commercianti si ritirarono ad Amsterdam; ciò non toglie che altri cercassero piuttosto rifugio nella città di Lione, ivi piantando il loro commercio; onde niuna opposizione fra il detto di Casaregi e quello di Ricard.

(3) Muratori, *Antiquitat. ital. medii aevi*, tom. i, diss. 16, e tom. iv, diss. 48; Pardessus, *Lois maritimes*, tom. i, chap. iv; Boccardo, *Dizionario economico commerciale*, v° *Cambio*, § ii.

stati gli inventori del commercio cambiario, mentre il primo documento che afferma il loro commercio cambiario e le lettere di cambio, è l'Ordinanza di Luigi XI del 1462. Tuttavia ne hanno abbastanza potendo spogliar gl'italiani di questo vanto, abbia pure a rivestirsene una nazione derelitta, profuga in quel tempo, e che non ha mai reclamato per sè questo primato. Non importava molto, io credo, alle illustri loro opere, che Nouguier e Bédarride in tempi recenti tornassero ad accendere questa controversia storica con un proposito diretto contro di noi.

Ma essi medesimi pongono la questione in tal modo che è di assoluta necessità risolverla contro l'assunto loro, almeno per la prima epoca del 640. Due opinioni, dice Nouguier (n° 3) occupano il campo; l'una che attribuisce ai Ghibellini cacciati per la fazione guelfa da Firenze l'onore dell'invenzione, ed è, secondo l'autore, poco accreditata. L'altra che vuole inventori gli ebrei, nelle circostanze sopra enunciate; opinione, sempre a giudizio suo, *répandue dans le commerce comme une tradition universelle* (1). Niuno potrà credere che il trovato della lettera di cambio fosse sterile di risultati e non producesse anzi una rivoluzione memorabile nel commercio qualora fosse nata in un'età in cui il traffico era ristretto, povero, usurario, e quasi locale. La storia ci addita forse qualche cosa di simile sulla metà del secolo VII, nel quale il mondo s'inoltrava in piena barbarie, mentre il nembo di spaventevoli irruzioni e scotimenti di popoli pendeva sulla misera Europa? Se anche agli erranti israeliti si fosse presentata in quell'epoca infelice l'idea di un istrumento *che avrebbe servito di leva al pesante fardello del commercio* (2), forsechè lo adoperarono con effetto mentre il commercio continuò a giacere per secoli fra l'ignoranza e lo sgomento universale? Chi può immaginare che la vera lettera di cambio, nella sua ammirabile semplicità e nella sua non meno prodigiosa efficacia, non sia opera di tempi maturi e conseguente dalle esperienze fatte in grande intorno alle sue possibili applicazioni? Da ciò si pare la verità del concetto di Pardessus di cui abbiamo toccato superiormente. Che sarebbe dunque quella *tradition universelle* del sig. Nouguier? Un anacronismo, una impossibilità, un'idea vuota di senso. Gli ebrei ed anche i non ebrei avranno nel 640, prima o dopo, mandato degli ordini di pagamento e supplito con mezzi analoghi al trasporto di valore, ma era quella la lettera di cambio organizzata secondo i bisogni del commercio? Era la formula di un contratto che risponde a tanti interessi e può bastare a tante complicazioni?

Ma distinguete, si dice, *il motore dall'agente, l'occasione dall'origine*. Altro è che la *causa* che ha fatto inventare la lettera di cambio sia il bisogno del commercio, ed altro è il sapere in quale posizione l'idea di quel bisogno siasi più vivacemente presentata, e chi mai, colpito da tale idea, ne sia stato il fortunato ritrovatore « *Les heureux progrès de commerce* (prego por mente a queste parole di Nouguier) *ayant fait sentir la insuffisance des moyens de transaction et de payement*, peut-on établir, d'une manière certaine ou probable, quel individu ou quel peuple créa la lettre de change, destinée à répondre aux exigences de la situation ».

Con questa posizione si concede che i bisogni del commercio hanno dovuto precedere l'invenzione, perchè la *causa* è logicamente anteriore agli effetti che produce. È ben chiaro che il bisogno non è il rimedio: e può essersi sentito il bisogno senza essersi trovato ad un tempo il rimedio: e questo appunto succede quasi sempre. Ma il bisogno non avrebbe potuto imperiosamente sentirsi prima che le circostanze del commercio l'avessero fatto nascere. Ciò rapporto alla prima epoca.

Ma sentiamo la difesa dell'invenzione ebraica, rapporto alla seconda, cioè al 1181.

Mentre gl'italiani porgono documenti che risalgono al 1171, gli scrittori francesi, fondandosi in un'epoca posteriore, si abbandonano a quella che chiamano maggiore probabilità.

Gli autori che ci hanno preceduti nella nostra opinione osservarono, che in quelle condizioni gli ebrei non avrebbero potuto dar vita ad un commercio che prima di tutto richiedeva comunicazioni libere e fiducia comune. Ma si risponde che noi perdiamo di vista *la differenza delle epoche e lo scopo della invenzione* (Nouguier, 2ª ediz., pag. 43). Non era mestieri di fiducia! Cosa avranno fatto gli ebrei? Avranno rimesso per mezzo di *viaggiatori* o *pellegrini* le loro lettere in succinto stile o in

(1) Una terza opinione, che sarebbe particolare a Locré, essere questo trovato consono al progresso del commercio, alla estensione delle relazioni commerciali ed ai bisogni della civiltà. La deride il signor Nouguier, e dice testualmente — *est avis repose sur une confusion* — ma vedremo fra breve quanto vi si contenga di solido e vero.

(2) Mi valgo di un'espressione di Bédarride (n° 2): *Le pesant fardeau de commerce c'est la valeur des achats; son levier c'est la lettre de change.*

poche parole ad amici e corrispondenti per disporre dei fondi di commercio abbandonati, per esempio, in Francia, anche all'oggetto di trasportarli altrove. Aggiungete: che un viaggiatore assomigliato ad un pellegrino non può avere che pochi danari, onde non si sarebbe trattato che di ben tenue valsente.

Qui ci sono delle confessioni: noi le accettiamo. Primieramente si conviene di non avere alcun documento storico in appoggio, e di fatti gli autori ai quali appella il NOUGUIER in conferma della sua opinione, vanno commentando questa voce, o tradizione leggendaria, senza mai darne una prova. Si conviene ancora che niuna influenza avrebbero avuto quei fatti parziali sul commercio in generale, e sarebbero stati ordini a comodo in una ristretta cerchia di amici per piccole somme: in qual forma però si scrivessero quelle lettere, niuno sa dire.

Ma noi che vogliamo mantenuto all'Italia il primato delle origini commerciali, e non ad alcun popolo italiano in particolare, prendiamo gli oppositori in parola.

Amsterdam fu la città, ci avverte il signor NOUGUIER (pag. 46), ove il cambio traiettizio si sviluppò più rapidamente. Il luogo ove aveva sede chiamavasi *Place Lombarde* (1). « C'est « en *Lombardie* (reciterò le parole dell'au« tore) que se réfugièrent les Juifs; *ils s'ap« pellaient Italiens-Lombards. C'est de la Lom« bardie que serait partie la première lettre de « change*, *et la place d'Amsterdam se nom« mait Place Lombarde* ». Niente meno! Non avendo territorio proprio, gli israeliti s'assimilano sempre alla nazione di cui per elezione o per sorte vengono a far parte, e sono in Italia cittadini italiani e veri italiani, mentre in Francia sono francesi. Se quelli a cui si dice dovuta la prima operazione di cambio traettizio erano degli espulsi del 640, naturalizzati lombardi da alcuni secoli, erano bene italiani. Io meraviglio che il genio inventore degli ebrei non siasi manifestato in Francia e nell'ambiente francese malgrado le lunghissime dimore, e solo in Italia abbia potuto aver coscienza di sè. Ciò significa, a parer mio molto chiaramente, che qui solo esistevano condizioni opportune, che qui solo s'intendeva il gran commercio; che vi si era abituati, e che veramente il genio del commercio era figlio d'Italia.

Ma vogliamo noi altra testimonianza che quella di GIACOMO SAVARY con mia sorpresa invocata dallo stesso NOUGUIER? « Les Gi« belins, chassés d'Italie par la faction des « Guelfes, s'étant retirés à Amsterdam, se ser« virent des mêmes voies que les Juifs pour « retirer les biens qu'ils avaient été obligés « d'abandonner en Italie; en sorte que furent « eux vraisemblablement QUI JETÈRENT LES « PREMIÈRES SEMENCES DU NÉGOCE DES LET« TRES DE CHANGE *dans l'esprit des marchands « et négociants d'Amsterdam qui, depuis, l'ont « répandu dans toute l'Europe*, dans la seule « vue d'apporter quelque facilité à leurs né« gociations mercantiles » (2).

Agl'italiani la primazia del Ricambio è pure concessa: « On prétend que ce furent les Gibe« lins qui trouvèrent l'invention de rechange » (SAVARY). Questa seconda parte è incontestata, e poco è a vedere come coloro che perfezionarono il cambio ne fossero anche gli autori.

E in Francia? Siamo lieti di poter citare ancora il SAVARY: « On peut aussi que ce soient « les Lyonnais qui aient donné en France le « mouvement au négoce des lettres de change, « *par rapport aux grandes relations qu'ils « avaient avec les négociants d'Amsterdam* et « *d'Italie* ».

Singolare ancora un altro ricordo fattoci dal NOUGUIER, col quale finisco le presenti osservazioni. Il primo modello della lettera di cambio si riscontra nelle opere di un italiano, di BALDO, ed è del 1381. Risulta, dice il nostro autore, che a quel tempo *l'on connaissait déjà l'usage de l'acceptation* (3). Ma il modello manca del nome di un prenditore, non è all'ordine, non appare fosse necessario protesto, nè altra formalità per ricorso in garanzia (4). Se ne trae un avvertimento, che la lettera non sia arrivata che gradualmente alla sua perfezione. E noi continuiamo a vederne le memorie presso gl'italiani (5).

(1) « La place d'Amsterdam était encore appelée, « au temps de Savary, *la place Lombarde*, parceque « *les Gibelins s'assemblaient dans ce lieu pour y exercer « le change* ». Ricorda anche PERSIL come cosa di pubblica notorietà.

(2) Un dizionario stampato in Francia (*Dictionnaire des mœurs, usages et coutumes des français*, vº *Changeurs*) dice: « Ce furent les Lombards et les « juifs, attentif à leurs objet d'intérêt, qui usur« perent autant qu'ils purent cette partie de com« merce qui est le véritable mobile de la progres« sion ». Cito questo passo perchè ivi si vedono *lombardi ed israeliti* nominati insieme e quasi confusi, poichè quand'anche di religione ebraica, i lombardi non erano meno lombardi ed italiani.

(3) *Des lettres de change*, num. 10; DALLOZ, *Répert.*, vº *Effets de commerce*, chap. 1, num. 5.

(4) BALDUS, *Consilia* (edit. Brix. del 1490), par. 1, cons. 53.

(5) BÉDARRIDE (édit. Paris, 1861, nº 10 e seg.) riposa su NOUGUIER, ne ripete con compiacenza gli argomenti senza nè esame nè critica.

Digitized by Google

CAPO I.

DELLA LETTERA DI CAMBIO

SEZIONE I.

Della forma della lettera di cambio.

Articolo 196.

La lettera di cambio è tratta da un luogo sopra un altro.

Essa è datata, e deve enunciare

La somma da pagarsi in tutte lettere;

Il nome e cognome di colui che deve pagare;

Il tempo e il luogo in cui il pagamento deve effettuarsi;

Il valore somministrato in moneta, in merci, in conto o in qualunque altro modo.

Essa è all'ordine di un terzo o del traente medesimo.

Esprime se è per prima, seconda, terza, quarta, ecc.; debbono però la prima, seconda, terza ed ulteriori lettere di cambio essere tutte di uno stesso tenore, salva solo la diversa indicazione che deve farvisi di essere prima, seconda od ulteriore lettera.

Deve essere sottoscritta dal traente.

I.

700. *Requisito. Rimessa da luogo a luogo.*

Questioni di principio elevate su questo proposito dai pubblicisti; varietà delle legislazioni.

701. *Se le forme della lettera di cambio siano intrinseche o estrinseche. Se siano essenziali.*

702. *La lettera di cambio può esprimersi per atto notarile, senza che le cessioni che possono seguirne, vengano a declinare dalle regole comuni agli effetti commerciali.*

703. *Della distanza per attuare la ragione del cambio. Criteri materiali e razionali.*

704. *La cambiale non è pagabile nel luogo stesso in cui è stata tratta.* Quid *se l'accettante ponga per condizione della sua accettazione di pagare nel luogo medesimo della tratta?*

II.

705. *Data.*

Dei vari uffici della data nella lettera di cambio.

706. *Della impugnazione della data. Riassunto dell'articolo 94. Quali sono in tema generale i terzi ammessi a contraddire la data di una lettera di cambio?*

707. *Specialità nelle quali si sviluppa il duplice rapporto degli aventi causa onde i successori e giratari della cambiale possono essere ammessi ad impugnare la data ed esercitare le azioni relative contro il traente.*

708. *Falsità della data cambiaria. Azioni che ne derivano.*

Digitized by Google

III.

709. *La lettera di cambio che non enuncia la somma* in tutte lettere *è nulla.*

710. *Se non enuncia la somma in verun modo, non sussiste neppure come semplice obbligazione; non così se sia espressa chiaramente in cifre.*

La somma mancante può esser supplita nell'accettazione.

IV.

711. *Nome, cognome del trattario. Alcune osservazioni critiche sull'articolo.*

Errori parziali d'indicazione. Conseguenze a carico del traente.

V.

712. *Dev'enunciarsi il tempo del pagamento; ripugna all'indole cambiaria il termine condizionale.*

713. *Se la lettera di cambio non contiene la indicazione del termine di scadenza, l'accettazione pura e semplice può interpretarsi pagamento a vista.*

714. *Luogo del pagamento.*

VI.

715. *Valore somministrato in moneta, ecc.*

Del triplice concetto che domina nel tessuto organico della lettera di cambio.

Il vero e proprio oggetto della formola è di avere nella stessa lettera di cambio gli elementi sufficienti perchè si possa dar giudizio della sua causa.

Non conclude se la causa non sia commerciale, distinguendosi la causa del contratto di cambio dalla operazione del cambio.

716. *Delle conseguenze giuridiche che possono derivare dall'obbligo di specificare il valore somministrato, da considerarsi sotto varii rapporti.*

E primieramente nelle attinenze del traente coi terzi, e fra lui e il prenditore della lettera di cambio.

Quid *se la dichiarazione del valore sia simulata?*

717. *Il commissionario prenditore della lettera di cambio, ove non abbia dichiarato di acquistarla per conto di un terzo, esprimendo anche il nome del committente, come ogni altro responsabile in proprio, è tenuto di pagarne il prezzo al traente se la dichiarazione del valore ricevuto fosse mentita.*

718. *Della irresponsabilità del mandatario prenditore della lettera in faccia il traente quando questi abbia la scienza che il primo agisce in conto di una data persona; e altresì verso i terzi, enunciato che abbia nella stessa lettera la propria qualità e il nome del suo mandante.*

719. *Continuazione. Varie ipotesi e analoghe soluzioni. — Dei rimedi legali che competono al traente della lettera di cambio contro il prenditore che non ha soddisfatto il prezzo; e in particolar modo della rivendicazione, avverandosi il fallimento del prenditore.*

720. *Di che risponde il commissionario verso il committente dal quale ha l'incarico di acquistare una lettera di cambio?*

721. *Nell'aspetto teorico e generale si esamina quale sia l'effetto d'una dichiarazione di valore, illegittima nel fondo e perfetta nella sua forma esteriore; e altra che irregolare nell'apparenza, fosse nella realtà sostenuta da una causa legittima e giusta.*

722. *Del falso materiale nella lettera di cambio.*

L'accettante di una lettera di cambio falsificata nel nome del traente, generalmente parlando, non si obbliga validamente col fatto semplice dell'accettazione: in modificazione di una teoria di Pardessus.

Quid *se il pagamento sia stato consumato? Si potrà richiedere la restituzione dell'indebito? Rinvio.*

723. *Valore in conto. Analisi di questa dizione.*

724. *Di altre locuzioni cambiarie.*

a) *Valuta intesa. Valuta cambiata.*

b) *Valore in me medesimo.*

c) *Valore secondo la nostra convenzione di questo giorno.*

d) *O in qualunque altro modo.*

Digitized by Google

Il prezzo di diritti eventuali e di transazione è base legittima di una convenzione cambiaria.

725. *Il difetto della enunciazione del valore nella lettera di cambio non può essere riparato dalla regolarità e perfezione della girata.*

VII.

726. *Origine, significato e virtù della clausula — all'ordine.*

727. *All'ordine di un terzo o dello stesso traente. Che s'intende per terzo. Del prenditore girante e garante della tratta.*

728. *Della lettera di cambio all'ordine dello stesso traente. Natura e motivo di questa operazione.*

La girata, necessario complemento della tratta in questo caso, è tutt'uno colla lettera; e conseguenze che ne derivano.

Da quai punti si misuri la diversità dei luoghi onde stabilire l'esistenza del cambio.

VIII.

729. *Enunciazioni facoltative.*

a) *Più esemplari od originali della lettera di cambio. Ragione e pratica di questo antico uso commerciale.*

Delle copie, e come anche queste possono essere negoziabili.

730. *Il cedente che ha consegnato originale e copia ad un giratario, esprimendo essere una copia e indicando in qual luogo si troverebbe l'originale, non è responsabile verso i cessionari del cessionario dell'abuso che questi avesse fatto negoziando sì l'originale che la copia.*

731. b) *Del bisogno.*

732. c) *Ritorno senza spesa. Rinvio.*

733. d) *Senza garanzia.*

Esaminata in ispecialità rapporto al traente.

734. e) *Lettera d'avviso.*

IX.

735. *Soscrizione del traente.*

I.

700. *È tratta da un luogo sopra un altro.* Questo primo carattere della lettera di cambio ricomparisce ancora nel Codice italiano e trionfa delle difficoltà. Discutendosi la redazione del Codice di commercio francese, l'oratore delle sezioni precorse colle sue critiche quello che è poi divenuto un sistema di altre legislazioni. Perchè mai, diceva quell'eloquente, volere autorizzare una forma che sarà una cosa inutile quando non sia una finzione? La *rimessa da piazza a piazza* non è qualcosa di indispensabile alla lettera di cambio e conferente alla di lei perfezione. Condizione fuori della sua natura e della sua ragione di essere è un vero impedimento allo sviluppo commerciale. Forma illusoria per la facilità di mentirla (Locré, t. XVIII, pag. 123).

Bégouen nella esposizione dei motivi rivelava il pensiero dei legislatori. *La rimessa da un luogo ad un altro*, egli diceva, è trovata essenziale da tutti gli uomini competenti. Benchè l'Ordinanza del 1673 non contenesse tale requisito, non vi fu giureconsulto nè magistrato il quale non abbia inteso che il silenzio della legge era una prova di più di questo naturale carattere della lettera di cambio: non si doveva esprimere ciò ch'era implicito e necessario (Locré, ivi). Secondo questo sistema che aveva per sè l'opinione generale in quel tempo, la rimessa da luogo a luogo non era di forma semplicemente, ma bensì di essenza (1).

Chi esamina un Codice e n'espone il por-

(1) « La lettre de change doit être souscrite dans « un lieu pour être dirigée sur un autre où elle « sera acceptée et payée. *Nous savons déjà* que la « lettre de change n'est que le moyen d'exécution « du contrat de change; et que par cet contrat « on donne un valeur *dans un lieu* pour recevoir « une somme *dans un autre: c'est qui en constitue « l'essence* ». (Così Rivière, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, nella quarta edizione del 1865, pag. 278).

Digitized by Google

tato, deve averne penetrato lo spirito, non rinunciare però alla indipendenza del proprio giudizio. L'espositore non si trasmuta in critico, non è questa la sua missione; ma non perdendo mai di vista i diritti della scienza, non tralascia di avvertire i difetti della legislazione, e, per quanto è da lui, ne prepara una migliore, contribuendo così al progresso delle istituzioni. In questo modesto e nobile ufficio io noterò come il nostro sistema cambiario trovi una forte opposizione in quella corrente d'idee che hanno apparenza di essere più liberali, e vengono da nazioni o per sapere illustri, o, per uso e ricchezza di commerci, superiori ad ogni altra.

Non voglio però farne una polemica di proposito ed assidermi, per così dire, arbitro fra i due sistemi. Non assumo neppure di discorrerne a parte, quasi volessi entrare a fondo nel grave dissidio; oltrechè non mi sentirei la forza di dominarlo, mi darei troppo l'aria di pubblicista, e mi porterei lontano dal mio argomento. Non potendo approfondire un soggetto, amo meglio parlarne poco e senza pretese. Quindi come si verranno successivamente presentando le materie sulle quali tanto divergono le vedute, farò i debiti appunti ed esporrò riservatamente, se occorre, la mia opinione. La nostra Commissione speciale cui non era affidato il grave incarico di una legislazione radicalmente nuova, dichiara nonostante di essersi occupata anche di questa, che dirò questione suprema sulla natura del cambio. Dico francamente, avrei desiderato che uomini sì competenti, in una occasione tanto solenne, avessero deposti nei loro Verbali degli insegnamenti teoricamente utili, ma non hanno stimato di doverlo fare.

Eccone le parole: « È esaminata innanzi tutto la questione se, tenuto conto della tendenza che ha la cambiale ad allontanarsi sempre più dalla sua antica indole e natura, cioè dall'essere il documento del contratto di cambio per divenire principalmente la ruota del credito e quasi la carta monetata dei commercianti, non sia convenevol cosa mutare radicalmente il sistema del Codice, e stabilire innanzi tutto non essere essenziale alla lettera di cambio ch'essa sia tratta da un luogo sopra un altro ».

« Si osserva, che spingersi tant'oltre la Commissione non potrebbe senza modificare i principii direttivi che informano la legislazione commerciale sarda, principii i quali la Legge 2 aprile 1865 volle rimanessero illesi ».

« D'altra parte a siffatta riforma forse non è ancora ben preparato il paese, e n'è prova la Lombardia, ove la cambiale tedesca non va scevra d'inconvenienti, perchè offre facile allettamento a circondare di forme cambiarie moltissime obbligazioni per creare il vincolo dell'arresto personale, dove questo modo di esecuzione non è dalla legge permesso ».

Ma un giudizio pure di gravissimo peso emerge da questo passaggio della Commissione. *La tendenza della cambiale di allontanarsi sempre più dalla sua antica indole e natura*, all'effetto che ivi si considera (1). Così è difatti. La cambiale tende a sopraffare il biglietto all'ordine, e altrimenti a confondersi con esso. Nuovo sintomo della libertà generale, che fra gli altri suoi intenti ha quello di moltiplicare l'azione del commercio col semplificarla.

L'Inghilterra e l'America, l'Alemagna e la Russia fanno davvero una testimonianza imponente a favore dell'ubiquità della cambiale. Per parlare del movimento germanico che presenta un progresso più sensibile di ogni altro, le idee francesi arrestate dalla politica, e respinte dalla diversità del genio di quei popoli, non avevano allignato in Germania. Nel 1836 i sistemi cambiari offrivano una congerie quasi inestricabile, avendo i singoli Stati leggi proprie e disformi. La prima nozione d'una Legge universale di cambio tedesca venne fatta nelle conferenze doganali del 1836 (2); le discussioni proseguirono nel 1838, 1839, 1846 e 1847, con intervento attivo del governo prussiano. Finalmente nell'Assemblea di Francoforte (21 9bre 1848) fu stanziata quella Legge che venne anche al di qua delle Alpi a surrogare nel Regno Lombardo-Veneto il Codice di commercio francese, adottato nella Risoluzione del 28 dicembre 1816, ed abolito colla Patente del 25 giugno 1850. La teoria che la cambiale è la *carta monetata fra commercianti*, attribuita ad Einert, ebbe un'applicazione più estesa rapporto alle persone, essendone fatta abilità eziandio ai non commercianti.

La cambiale fungente come moneta è certamente una innovazione ardita e da cangiare aspetto alle abitudini del commercio conosciute, mi spiegherò così, dalle nazioni latine.

(1) Lo stesso concetto viene esposto nella Relazione del Guardasigilli, proemio al Codice, trascritta nelle prime pagine di questo Libro.

(2) Cattaneo, *La legge universale del cambio nella monarchia austriaca e negli Stati di Germania*.

by Google

sarebbero titoli al portatore, senza indicazione del nome del trattario; il debito è pagato alla consegna del titolo che porta implicito ed in se stesso l'obbligo della conversione in danaro. Ma questo ideale *del surrogato assoluto della cambiale alla moneta* fa sentire dei pericoli, e non si presta alle complicate combinazioni del cambio che si sviluppano dal successivo aumentarsi degli obbligatari. Quindi la Legge austriaca sopra memorata si presentò più moderata; escluse la lettera al portatore, e nel l'articolo 4, nº 3, ordinò fra i suoi requisiti essenziali — *la persona o la ditta a cui od al cui ordine deve farsi il pagamento.*

I giureconsulti di Francia, fedeli al loro sistema, rimproverano ai tedeschi le loro teorie eccessive, e biasimano specialmente nella lettera di cambio il difetto della rimessa da luogo a luogo; dell'ordine; della menzione espressa del valore somministrato; il concedere efficacia alle girate in bianco, il nulla disporre sulla provvista dei fondi. Ecco come si esprime a questo proposito il Nouguier nella introduzione: « À notre avis cette loi allemande est « en opposition directe avec les principes plus « essentiels du contrat de change et avec l'opé« ration qu'il a pour but de régulariser; il dé« nature sans motifs et sans profits les bases « séculaires sur lesquelles repose ce contrat. « Il aurait par conséquence de troubler le « commerce et de nuire à ses intérêts les plus « chers. Enfin elle offre des dangers autant « plus grands, qu'il s'appuie sur des idées les « plus séduisantes et qui ne sont fausses si « non parce qu'elles sont exagerées ».

Contuttociò da quel nobile paese che è la Lombardia, già usato alla legislazione austriaca, vanno sorgendo reclami contro il nostro sistema cambiario alla francese che ivi è segnato quale un *regresso legislativo* (1). Nella distinta monografia alla quale accenno è in particolar modo censurato quel prescritto, *dovere la cambiale essere tratta da un luogo all'altro*, e chiamasi *anacronismo*. » Vero è, ivi « si dice, che il biglietto all'ordine può in « molti casi supplire al bisogno, ma non sem« pre, non avendo in sè tutti i vantaggi della « cambiale, e rivestendo tal forma che fa sup« porre una impotenza al pagamento » (2).

Non si può negare ch'ella sarebbe una rivoluzione nel sistema del cambio, specialmente secondo le idee dei radicali. Ma se fosse necessaria, noi ne abbiamo fatte ben di maggiori. Ora io debbo contentarmi di avere esposto questo stato delle opinioni, e rientrare modestamente nel mio ufficio di commentatore delle leggi vigenti.

701. « Il Codice regola la forma intrinseca « piuttosto che l'estrinseca della lettera di « cambio », disse la Commissione (Verbale del 26 aprile 1865) (3). Fermiamoci un momento su questo grave riflesso.

Noi diciamo qualità o condizioni intrinseche di un atto quelle che ne costituiscono l'essenza, nè hanno mestieri di essere espresse. Estrinseche sogliamo quelle appellare che devono risultare dall'atto, che devono leggersi chiaramente nell'atto, e quando sono volute o imposte espressamente dalla legge, hanno o possono avere, secondo i casi, gli effetti seguenti: 1º che l'atto sia nullo mancando di tali requisiti; 2º che l'atto non abbia quella piena e perfetta efficacia che secondo l'indole sua potrebbe avere; 3º che la potenza delle estrinseche forme sia di sorta che non faccia più d'uopo ricercare della verità intrinseca, consistendo tutta la perfezione dell'atto nella sua apparenza esteriore (4).

Io mi do a credere che le espressioni sopra citate siano sfuggite alla redazione del verbale. Si potrebbe domandare, *se il codice non regola che la forma intrinseca*, quale sarà

(1) Considerazioni della Camera di commercio ed arti di Milano *sopra alcuni punti del nuovo Codice di commercio italiano* (Tipografia Bernardoni, 1866).

(2) Il sig. avv. Daniele Lissoni pubblicò in quello stesso anno delle giudiziose avvertenze *sulle lettere di cambio e i biglietti all'ordine* in relazione al nuovo Codice di commercio italiano. Entrando egli pure in questo soggetto, ed associandosi a viste più liberali, considera essere bensì attribuito *al biglietto all'ordine o pagherò* alla francese, fra commercianti, e gli stessi effetti della cambiale. Ma la tratta ha nella pratica certi vantaggi sul *pagherò*, che non permettono a questo di sostituirla perfettamente; oltre di che, precisamente perchè la legge ammette *il biglietto all'ordine* pei pagamenti sulla stessa piazza, non si vede alcuna estrinseca ragione per escludere nello stesso caso la forma più aggradita e spesso più espediente della *tratta* » (Osservazioni all'articolo 196).

(3) In altre legislazioni di più libero tipo è richiesta, come forma essenziale, la *denominazione espressa della lettera di cambio*. La sostanza sarebbe adunque subordinata alle parole: e che sarebbe allora di una lettera di cambio munita di tutti gli altri suoi requisiti e realmente tale? Che sarebbe di un documento denominato cambiale, e che tale non fosse?

(4) Il che si avvera molto frequentemente nelle cose commerciali, atteso l'interesse evidente che ha il commercio di aver fede nelle formole esteriori di un atto legalmente composte.

Digitized by Google

l'estrinseca, e da chi regolata? Ma lasciamo di questo. Se noi diciamo che le forme della cambiale, stanziate nell'art. 196, sono forme *intrinseche*, noi autorizziamo a concluderne che, malgrado il loro concorso, la lettera di cambio non riceve la sua esecuzione pronta e certa, ma può farsi questione della verità, della realtà, della esistenza dei fatti ch'esse hanno la missione di determinare. Che, anche di fronte ai terzi, si potrà impugnare la data; che, anche di fronte ai terzi, potrà farsi la prova contraria quando è dichiarato somministrato il valore, sostenendo che non è stato somministrato, e via discorrendo. Resta dunque il dire che le forme sono estrinseche, e quindi, rispetto ai terzi, inoppugnabili.

Poichè siamo sulle generalità, si stabilisca in passando che le forme prescritte dall'articolo 196 sono *essenziali*. Tornerò sull'argomento, esponendo l'articolo 198.

702. La proposizione che vengo dall'accennare fu incidentalmente enunciata nel suddetto verbale nella occasione che all'egregia Commissione si presentò il dubbio, *se convenisse dichiarare in legge che la cambiale può esser fatta per atto pubblico*.

La Commissione trovò che non convenisse per la ragione che io mi sono permesso di contestare, concludendo — *che il non escludere la facoltà di circondare* (la lettera di cambio) *delle solennità dell'atto notarile equivale ad ammetterla*.

Io però il quale credo che appartenga al codice regolarne l'estrinseco, sento che il silenzio è capace d'ingenerare un forte dubbio. Non è difatti la prima volta che il dubbio si è agitato. Come ci assicura BÉDARRIDE (n° 45), in legislazione conforme, fu negata la commercialità propria della cambiale involta che fosse in un atto notarile, e che la Corte di cassazione, più volte eccitata, mai non volle risolvere il dubbio (1).

La ragione di dubitare è in questo: che un atto cambiario e circolante sotto la pesante forma di un rogito notarile è per lo meno cosa insolita; che la cessione della cambiale non potrebbe eseguirsi che in un modo coerente ed analogo, cioè con altro rogito; tutto ciò sarebbe fuori della legge cambiaria e non compatibile colla semplicità dei mezzi e colla celerità che è l'anima del commercio.

Malgrado queste osservazioni, il maggior numero degli scrittori si accorda nel ritenere che la natura della lettera di cambio non ripugna all'atto notarile, il quale difatti può in moltissimi casi non essere necessario, ma non si è mai veduto che una convenzione qualunque possa soffrire eccezione perchè sia più sicuramente e solennemente comprovata.

Per quelle legislazioni nelle quali le convenzioni cambiarie, sostenute da garanzia ipotecaria, non potevano avere l'effetto voluto dalle parti se l'atto non era consegnato a pubblico notaio, questo atto essendo necessario, non avrebbe potuto dubitarsi della compatibilità sua colla lettera di cambio che sarebbe in esso contenuta. Se una legislazione meno formalista concede l'ipoteca col mezzo pur anche di scrittura privata (articolo 1978 del Codice civile), non potrebbe però concepirsi, per la suespressa ragione, che chi ha voluto provvedersi col mezzo più autentico, abbia pregiudicata la propria posizione giuridica.

Se non che dall'essere il documento cambiario formato per atto pubblico, qualora abbia del resto tutti i caratteri esteriori voluti dall'articolo 196, ne segue forse che le cessioni e i trasporti della proprietà della lettera non possono farsi che per atto pubblico?

Ciò non si ammette dalla Cassazione francese (11 luglio 1839, *Journal du Palais*, 1839, tom. I, pag. 425). Quando il traente si è obbligato ipotecariamente al rimborso del debito, secondo la giurisprudenza di quella Corte suprema che io adotto pienamente, la girata della lettera trasporta col credito l'ipoteca, ossia le garanzie che lo accompagnano, senz'altra formalità che quella indicata dall'articolo 222 (2). Così pure è stato stabilito nella indicata decisione che, in caso di protesto, il terzo portatore, il quale ottenne sentenza contro il traente e contro il girante, ha egli solo il diritto di esercitare l'azione ipotecaria in esclusione di quelli, benchè il trasporto dell'ipoteca non sia stato notificato.

Pertanto nulla potrà rinvenirsi, vuoi nella legge scritta o nella ragione, che imponga una

(1) Osservo però che decisioni indicate da questo autore non oltrepassano l'anno 1836, mentre una decisione posteriore (13 luglio 1847) avrebbe concluso a favore dell'ammissione. Si notano anche due decisioni anteriori nello stesso senso (10 febbraio 1834 e 28 gennaio 1835), non avvertite dal BÉDARRIDE (RIVIÈRE, ediz. quarta, pag. 277).

(2) Questa virtualità della cessione è anche espressa nell'articolo 1541 del Codice civile: « La vendita « o la cessione d'un credito comprende gli acces« sori del credito stesso come sarebbero le cau« zioni, i privilegi e le ipoteche ».

deviazione dalle comuni regole cambiarie negli atti successivi ed esplicativi di una lettera di cambio assunta per pubblico atto.

È stato bensì ritenuto dalla Cassazione francese che l'atto che prende una forma soggetta alla registrazione, non può esimersi da tale formalità (1): questo però non fa che confermare una volta di più la conciliazione dell'atto pubblico colla cambiale.

703. *Da un luogo sopra un altro:* ciò e indefinito, e sembra fatto apposta per toglier via il dubbio che si vogliano proprio due piazze di commercio come termini opposti dalla tratta al recapito di essa, intorno a che le autorità sono concordi (2). Non è infrequente che fabbricanti e manifatturieri, non abitanti centri commerciali, si mandino a vicenda delle lettere di cambio pei loro affari; nè dovrebbero trovare impedimento in una legge che non ha altro in mira che di favorire il commercio, serbando tuttavia il carattere normale del cambio nel movimento che produce o deve produrre. Di ciò niun dubbio.

Che se i *due luoghi* non sono due piazze di commercio, quale distanza dovrà interporsi fra loro? Chi potrebbe indicarla? Basta solo ritenere che *luogo* suona in questo caso un punto determinato del territorio conosciuto sotto un nome qualunque e dedotto da distinte aggregazioni d'uomini o piccole o grandi. Ond'è stato deciso che *la lettera può essere tratta da un borgo sopra una città vicina* (3) che si trovava alla distanza di un miriametro. Il Comune di Villette, al prossimo a Parigi, disse quella Corte, è *une place* (luogo) diverso da Parigi. Due quartieri di una medesima città, per quanto la superficie della città sia estesa, non sarebbero luoghi diversi (4).

Qui si va già molto nell'arbitrio o nel sottile materiale che fra i generi del sottile è sempre il più pericoloso. E in verità s'arrischia d'impicciolire il punto di vista della vecchia teoria del cambio, e di dar ragione ai suoi oppugnatori. Una volta che la funzione della lettera di cambio è ridotta a distanze quasi impercettibili, non si potrebbe anco fare a meno di una distanza qualunque?

Si sono venuti cercando dei criteri razionali. Vi sarebbe un trasporto da eseguire? Vi sarebbe qualche incomodità, qualche rischio in questo trasporto? Allora la cambiale ha ragione di essere (Bédarride, n° 53) (5). Il magistrato deve osservare se la intenzione delle parti fu sincera; se non abbiano voluto simulare un trasporto.

Ma per ben giudicare di tale intenzione bisogna riferirsi al momento in cui la lettera di cambio fu creata.

704. Di qui sorge: *se la lettera sia pagabile nel luogo stesso in cui è stata tratta.*

Pothier (*Contratto di cambio*, num. 30) e Pardessus (*Lettera di cambio*, num. 71) stimano non rispondere questo fatto alla natura della cambiale. « La lettera di cambio (così « quest'ultimo) è un mezzo di compenso dei « pagamenti da un luogo sopra un altro; essa « riconosce da questa preziosa qualità il par« ticolare favore che la legge gli accorda. La « medesima suppone necessariamente un con« tratto; *e sarebbe privo di una vera causa « se non avesse per oggetto una rimessa di « fondi* » (6).

Prima che Pardessus scrivesse, erasi avuta una soluzione molto autorevole di un dubbio che non toccava puramente al principio di diritto, sul quale veramente non cadeva dubbio, ma sopra una specie di fatto che vi diede occasione.

Il gran giudice che rappresentava il legislatore interpretante se medesimo, si pronunciò nella questione il dì 31 ottobre 1808, affermando ancora il principio, che la lettera di cambio non è altro che un mezzo di esecuzione del contratto di cambio, e non opera se non nei trasporti di valori da luogo a luogo, o, com'egli si espresse, *de place en place*, che

(1) 19 febbraio 1834, 28 gennaio e 29 giugno 1835.

(2) E fu anche la idea originaria come può vedersi nel processo verbale del 27 gennaio 1807; Locré, tom. XVIII, pag. 37. E si noti che il Consiglio di Stato deliberò sopra una proposta contraria del Tribunale di commercio d'Aigle che respinse.

L'ordinanza del 1673 conteneva la formola: *remise de place en place;* e vi fu surrogata l'altra: *d'un lieu sur un autre.*

(3) Bruxelles, 21 settembre 1814 *Jurispr. de la Cour de Bruxelles*, 1814, tom. I, pag. 275); Pardessus, *Cours du droit. comm.*, n° 332; Despréaux, *Traité de la compétence des tribunaux de commerce*, num. 418; Persil, *Traité de la lettre de change*, num. 4.

(4) Bordeaux, 30 aprile 1830 (Devilleneuve, *Forme de la lettre de change*, num. 48).

(5) Avverto che quando io sarò per citare questo autore od altri senza indicare per brevità il titolo dell'opera, intendo citare i loro trattati sulle lettere di cambio.

(6) Troveremo nell'articolo 198 la conferma di questo principio fondamentale del cambio secondo il nostro sistema.

Digitized by Google

voleva dire la stessa cosa. Ma portandosi sul concreto della questione, osservava il gran giudice, che la condizione della legge era soddisfatta tostochè la cambiale era stata tratta da un luogo ad altro diverso da quello della residenza del traente; e così stabilito il carattere della cambiale, non poteva essere variato dal fatto del trattario il quale si rifiutasse all'accettazione pura e semplice, e offrisse invece una accettazione condizionale (1). Il portatore non avrebbe potuto risentirne pregiudizio. Se il portatore esercitando il suo diritto di *ricorso* contro il traente lo costringesse a pagarlo, la cambiale era entrata in una nuova fase, ma infine conservava lo stesso carattere.

Questa fu in sostanza la decisione, generalmente ricevuta nella giurisprudenza, e in quello stato di cose non può negarsene la rettitudine. Gli scrittori la circondarono di glosse onorevoli. Gli estremi di una vera e legittima lettera di cambio esistevano. Vi era l'accettazione che suppone la provvista; e l'operazione del cambio era netta ed evidente nell'essersi fissato il pagamento in luogo diverso (2). Le parti non potevano prevedere l'avvenimento, e furono nella persuasione sincera che il cambio dovesse aver l'effetto inteso. In siffatta persuasione e buona fede aveva sicuro appoggio la legittimità della tratta (avvertì la Corte di Bruxelles in una sentenza del 29 luglio 1816), e sfuggiva al vizio della supposizione.

Come si vede, la dottrina di POTHIER e PARDESSUS sopracitati, non ha nulla che si opponga ad una simile soluzione. È la dottrina ortodossa del cambio intorno alla quale non ci ha dissenso di principio negli uomini di questo sistema. Al presente esame si collega naturalmente quella della formula *all'ordine proprio del traente*, che noi vedremo più avanti.

Quando adunque la lettera di cambio è regolare nella sua formazione, può avvenire bensì che si cangi il luogo del pagamento e si riporti a quello ove la cambiale fu tratta per volontà dell'accettante nella quale il portatore abbia convenuto, senza offesa della regola fondamentale del cambio (3).

Qui si possono stabilire alcune regole pertinenti a questa teoria.

a) Se il trattario non accetta a veruna condizione, ed in seguito a tale rifiuto il portatore, rivolgendosi al traente, lo costringa a pagare (il che avverrà nel luogo medesimo della tratta, ossia al di lui domicilio), questo fatto posteriore (4) non influisce sulla regolarità originaria della cambiale.

b) Carattere dominante della lettera di cambio essendo la destinazione del pagamento in un luogo diverso, la identità del domicilio del traente e del trattario non viene in considerazione, qualora in luogo diverso sia ordinato il pagamento (5).

c) Conseguenza della premessa regola, che la coincidenza del domicilio è accidentale, non ostando alla legittimità della lettera di cambio la preordinazione del pagamento nel luogo stesso del domicilio del traente, se questi trovandosi per caso in altro paese, di là trasse la cambiale sopra un commerciante del suo paese.

II.

705. *Data.*

La dichiarazione della data collegandosi con quella *dei luoghi*, vuole primieramente osservarsi sotto questo aspetto. Essa ha l'incarico di sciogliere un dubbio che nasce dalla redazione materiale dell'articolo.

Il dubbio è questo. Sta bene, e in realtà la lettera di cambio dev'esser tratta *da un luogo sopra un altro*. Ma vi basta il fatto, che potrà provarsi in più modi anche estranei alla lettera, o volete altresì che, a pena di nullità, *la menzione dei luoghi* sia fatta nella stessa lettera? Vero è che più avanti si legge nel nostro articolo (doversi enunciare) il tempo e *il luogo in cui il pagamento deve effettuarsi*; nulla però si dice del *luogo* onde parte la cambiale, dove cioè la cambiale è tratta. Per verità non si percepisce la differenza se non si enunciano i luoghi. Ebbene nel pensiero della redazione sembra che a ciò siasi rimediato coll'espressione della data. La data comincia dal porre il luogo, poi l'anno, il mese e il giorno. Nondimeno è anche possibile che si dimentichi quel primo requisito, e resterebbe pure una data bella e buona, e così soddisfatto il prescritto letterale dell'articolo. Ora quale sarebbe la conseguenza giuridica *della omissione del luogo* in cui si crea la tratta? (6).

(1) Di pagare in luogo diverso, e precisamente nel luogo stesso in cui fu tratta la lettera di cambio.

(2) Sentenza della Corte di Parigi dell'8 agosto 1833.

(3) ALAUZET, *Comment.*, nº 780; PARDESSUS, *Droit commerc.*, num. 332; NOUGUIER, tom. 1, num. 83.

(4) Del quale si è già dato un cenno di sopra.

(5) *M.* domiciliato a Genova può trarre su *N.* domiciliato pure a Genova, essendo la cambiale pagabile a Torino.

(6) La omissione della data o totale o anche parziale, non significando o il giorno, o il mese, o

15 MAG 1869

Digitized by Google

Io che non posso aggiungere alla legge, quando specialmente si tratti di nullità, dico che quella omissione non rende nulla la cambiale, e dovrà sottentrarvi la presunzione legale che la lettera sia tratta *nel luogo del domicilio del traente*, presunzione che certo a minor ragione ho veduto adottarsi ove sia taciuto il luogo del pagamento che alcuno ritiene presumersi quello ove ha domicilio il trattario (1). Sembrano piccole cose, e non sono; le aule del fòro lo sanno bene; si può rovinare un grande affare per difetto di una parola: quando si vuol regolamentare, si deve farlo con rigorosa esattezza (2).

Ma vediamo gli altri e più sicuri uffici della data. Essa provvede ai seguenti: 1° Fa conoscere se in quel tempo le parti avessero capacità di obbligarsi; 2° Misura l'epoca della scadenza; 3° Mostra a quale distanza si trovasse il traente dallo stato di fallimento in cui è caduto.

Il legislatore adunque ha avuto le sue buone ragioni; sicchè mancando la data nella lettera di cambio, egli non la considera collo stesso favore: sussiste la obbligazione, l'atto è commerciale, ma d'ordine inferiore (3). La omissione della data non può supplirsi con altri mezzi di prova: la insurrogabilità è la teoria comune a tutte le forme specifiche.

706. Qual fede si presta alla data di una cambiale? Può essere impugnata e da chi?

Ricordo che la credibilità e i gradi della credibilità di un atto giuridico, destinato a metter in palese la volontà umana, sono assunti della legge che ne sottrae l'apprezzamento ai giudizi subbiettivi. Si crede tanto quanto la legge vuole che si creda. La sua formula è una sintesi dei mille fatti dell'esperienza che il legislatore ha dovuto raccogliere nel suo criterio.

Rapporto all'atto pubblico ha detto: ecco il simbolo di fede, *fa piena fede della convenzione* (articolo 1317 del Codice civile). Il tempo della sua costruzione come il suo contenuto, sono consegnati alla responsabilità di un funzionario, superiore alle viste agl'interessi e ai maneggi delle parti. La data di una lettera di cambio, opera delle parti, non può pretendere all'autenticità. Non avrebbe forse che quel grado di credibilità che è accordato alle scritture private? (articolo 1320 del Codice civile). Rispetto alle persone che sono concorse nell'atto, non è a parlarsi *di credibilità*. Per esse non vi è credibilità ma *coscienza*. Sanno che quello che hanno detto è vero o non è vero; la *fede* è un modo dell'animo che esiste o non esiste in coloro che furono estrani al fatto, e non mai può affermarsi degli autori di esso. Quindi coloro che figurano nell'atto possono impugnare la scrittura come di mera apparenza, estorta o fabbricata a danno loro; ma posto che il loro intervento sia assicurato, non possono recitare il *non credo*, devono tacersi e subire il proprio fatto.

Quando siamo alla *data*, che è quella parte importante delle scritture che determina il tempo (nel cui spostamento si altera facilmente la verità a pregiudizio dei terzi) la legge civile nell'articolo 1327 dichiara i requisiti che costituiscono la certezza della data *rispetto ai terzi:* il che significa che in tutti gli altri casi i terzi possono dire che la *data non è vera*, e rifonderne la prova sui contraenti. Pei fatti commerciali esiste una disposizione da noi altrove esaminata (articolo 94), che giova rivedere. « La data dei contratti commerciali può « essere accertata riguardo ai terzi con tutti « i mezzi di prova indicati nell'articolo 92, « oltre quelli stabiliti nel Codice civile. — *Però « la data delle lettere di cambio, dei biglietti o « altri titoli all'ordine, e quelle delle loro gi- « rate, si ha per vera sino a prova contraria* ».

Noi abbiamo ampiamente discusso il tema ai num. 328, 329 e seguenti, laonde in questo ritorno del soggetto potremo esser più brevi. Confermiamo il concetto del *medium genus* che riscontrammo nella categoria dell'articolo 94. *La data della lettera di cambio è la verità sino a prova contraria.* Non è l'atto autentico che fa prova *quoad omnes* sino alla iscrizione in falso. Non è la scrittura privata che ai terzi basta di contestare quando ne abbiano interesse perchè la data si abbia per cancellata o convenga sostenerla con prove estranee. Gli atti commerciali, che chiameremo ordinari, si avvantaggiano sui civili in quanto ammettono tutti i generi di prova; ma non hanno in seno la presunzione della verità che protegge gli effetti commerciali propriamente detti.

Ci siamo ancora occupati di quella sempre

l'anno, porta la nullità della lettera di cambio come tale; ma è chiaro che la indicazione del luogo non è parte essenziale della data, la quale, per quanto a sè, è pura indicazione di tempo.

(1) ALAUZET, num. 784.

(2) E non è sempre esattezza il copiare esattamente come abbiamo fatto noi dell'articolo 110 del Codice di commercio francese.

(3) MERLIN, *Répertoire*, vº *Date*, num. 8. Esponendo l'articolo 198 converrà definire il carattere di quelle che si chiamano *semplici obbligazioni*.

Digitized by Google

grave ricerca — *chi sono i terzi?* (num. 342). Rimasti allora sulle generali, ora è d'uopo discendere ad alcune gravi avvertenze proprie della lettera di cambio.

Dovendo per necessaria connessione riassumere la materia dell'articolo 94, domandiamo primieramente se abbiasi ad accogliere, in fatto di lettere di cambio, la solita distinzione fra *parti concorse nell'atto e terzi:* senonchè in tema generale il dubbio è subito sciolto per l'affermativa. I terzi, lo dissi altrove, sono la massa immensa del pubblico commerciante o anche non commerciante che ha interesse di contraddire ad atti che stima fatti per suo nocumento contro la verità. I creditori di un fallito impugnano le date sospette delle lettere di cambio da lui emesse: vero è che devono presentare sufficienti prove dirette o congetture in contrario, qualora la data stessa non cada nel raggio del tempo proibito.

Restringiamoci pertanto alle persone interessate nella lettera a cominciare dal traente sino all'ultimo giratario e portatore. Niuna di esse riveste qualità di terzi e niuna di esse è in condizione di potere impugnare la data della lettera di cambio.

Non parliamo del traente che n'è l'autore. Il prenditore o speditore della cambiale, il trattario ed accettante sono parti contraenti in diverso senso, ma ognuna si è associata a quello stato di cose. Che sono i giratari? Semplici *aventi causa*, i quali inoltre *hanno sottoscritta* la carta cambiaria, e vengono sotto la disposizione dell'articolo 1320 del Codice civile (1). Sono tutti vincolati dal fatto proprio. Per essi adunque non è scritto l'articolo 94.

707. Se in faccia ai terzi la data è una *confessione*, per gli obbligati, cessionari e aventi causa, *rispettivamente ad essi*, la data dovrebbe dirsi una *verità*. Ma qui si presenta l'esame di alcune posizioni sfuggite agli scrittori della materia.

Prima questione.

È vero che dopo il traente, autore della lettera, e dopo l'accettante, debitore incondizionato, vengono i giranti, che l'hanno pure sottoscritta, e il portatore al quale, come a creditore definitivo, fa capo tutto quel movimento della cambiale; ma è anche vero che i giratari, che di poi hanno ceduto ad altri il loro diritto, e similmente il portatore, sono per lo più uomini lontani dalla origine della lettera, e non possono rispondere della verità della data che accettarono sotto la fede dei loro corrispondenti. Essi riposano in questa fede sino al giorno in cui un terzo che ha interesse di contraddire la data della cambiale, sorge ad impugnarla. Allora entra la discordia *in agmine Turni*. Principalmente il portatore di buona fede si trova compromesso nel pericolo che gli si affaccia di perdere il suo credito. I giranti pure si allarmano nella loro responsabilità. Se noi consideriamo l'evento consumato, provata la falsità della data, e vinta per sentenza dal terzo la lite, non è dubbio che i soscrittori di buona fede ripiombano sul traente che gli ha tutti ingannati e se ne fanno render conto, o percuotono i loro cedenti rispettivi. Questa dissoluzione di tutti i rapporti della cambiale è naturale conseguenza dello spezzarsi di uno dei suoi cardini fondamentali.

Ma quale sarà il contegno, quale la posizione giudiziaria di quegl'interessati durante la lite?

Essi *non hanno la iniziativa* per impugnare la data della lettera di cambio sottoscritta o acquistata. È ciò che intesi dire nel precedente discorso. La data è per tutti loro *una verità*, ma una verità direi di secondo grado: non è delle verità eterne, ma una di quelle che possono distruggersi. Quando essa è contestata da terzi e diventa un problema giudiziario, quelli che concorsero in buona fede ed ebbero giusto motivo di credere sincera la data, non avranno dei diritti da esercitare pendente il giudizio?

La occasione in cui siffatte controversie succedono può figurarsi. La lettera di cambio venne creata in prossimità di un fallimento, prima dei fatali dieci giorni, ma entro il raggio disegnato di poi dalla sentenza che dichiara il fallimento. Se il possessore sgomentato dalle difficoltà non apre bocca e se ne sta, si capisce che i creditori del fallito non se ne danno per inteso. Ma se il possessore esercita le sue azioni o produce la cambiale come titolo di credito, allora i creditori si oppongono. E che fa il possessore della cambiale? Si rivolge contro il suo girante immediato o contro tutti i coobbligati, e per causa *di garanzia e di difesa* si verifica ciò che accade più frequentemente, sotto protesto, per difetto di pagamento. Allora si sviluppano i nessi, per così dire, della cambiale, e si manifestano i diversi interessi che vi sono racchiusi. La buona fede, che in questo caso è sinonimo d'ignoranza, costituisce decisamente i cointeressati *nella condizione di terzi* in quanto si veggono mi-

(1) Ossia sotto le disposizioni del diritto comune concentrate nel detto articolo.

Digitized b

sociati; e in quanto sono soscrittori *non contemporanei ma successivi*, non terzi nel contratto, ma terzi *in quanto estranei alla sua origine viziosa*.

Se in tale condizione di cose possono esercitare azione di terzi verso coloro medesimi dai quali hanno causa, sono pure nella facoltà, *utilitate suadente*, di battere un'altra via e associarsi al traente in una difesa comune. Propugnatori della verità della data, allora l'accettano per conseguenza, la confessano, e rinunciano al ricorso verso i loro garanti rispettivi. Non saranno probabilmente citati, perchè ai creditori basterà di colpire il possessore della lettera di cambio; ma la legge di procedura apre loro la via dell'intervento volontario, in forza del loro stesso interesse (articolo 201 del Codice di procedura civile).

Seconda questione.

Uno dei più importanti uffici della data è certamente quello di misurare *la capacità delle parti contraenti*. La lettera di cambio accogliendo sempre nuove persone nella sua marcia progressiva, quanto più si allontana il luogo e il tempo della tratta, tanto più i possessori e giratari sono al coperto dalla presunzione di aver cooperato alla falsificazione della data. Se il cessionario di buona fede si è fatto accorto che la data è simulata onde mascherare la incapacità del traente al tempo vero in cui fece la tratta, non avrà questo cessionario delle azioni da esercitare contro lo stesso traente o contro il suo proprio cedente per far dichiarare l'annullamento della obbligazione o per ottenere rimborsi, o perchè gli sia rilasciato un documento regolare?

Parlando di questo soggetto al n° 342, abbiamo avvertito il duplice rapporto, famulativo e oppositivo, *dell'avente causa;* e come esso abbia o non abbia ragione di terzo seconchè eserciti i diritti del suo autore, o i suoi propri contro di lui. Un esempio pur se ne ravvisa nella specie or ora osservata. Pertanto non può revocarsi in dubbio che i successori di buona fede non siano rivestiti di azione ad impugnare una data simulata per ingannarli.

Il primo motore, come abbiam detto più volte, non può essere che il traente; il prenditore e rimettente sarà probabilmente il suo complice; amendue avevano interesse di fingere l'età matura o la condizione libera in chi trae la cambiale, per accalappiare un accettante di buona fede, e cedere la stessa cambiale ad altri credenti. Ma il prenditore stesso può essere una vittima. In tal caso, come si agirà contro il traente?. Si può agire contro il traente che ha simulato la sua età ed il suo stato di libertà, malgrado la tratta sia stata coperta dall'accettazione? L'accettante che pure in buona fede assentì per lo inganno della falsa data, impugnandola, può esonerarsi dall'assunta obbligazione? Ecco tre posizioni singolari sulle quali trascorriamo brevemente.

In quanto al *primo dubbio*, si potrebbe opporre al cessionario la mancanza di diligenza per non essersi informato se per avventura il traente non fosse un minore o un interdetto (1). Checchessia in materia di contratti civili, intorno a che ci asteniamo da ogni giudizio, questa dottrina della diligenza obbligatoria e anticipata dei giratari, non possiamo ammetterla in cose di commercio. Quale intralcio agli affari! E chi potrebbe pensarlo? Piuttosto si dirà se il traente era incapace di obbligarsi, quale obbligazione può avere incontrata? Con quali rimedi si può costringere a rendervi conto del suo mal fatto? Coll'azione penale si risponde: egli si è reso debitore di un falso penale (2).

Intorno al *secondo dubbio* si osserva. Se la lettera di cambio ha un accettante, non per questo il giratario si trova avere quelle garanzie ch'egli ha tacitamente stipulate col suo acquisto. Egli ebbe tutto il diritto di fare assegnamento sul concorso delle obbligazioni che, secondo la natura del contratto, cospirano alla sicurezza del credito. Può avvenire che il nome dell'accettante sia debole e quello del traente abbia maggior polso. È certamente facoltativo al creditore accontentarsi di questo stato di cóse e mantenere il contratto, ma non gli può esser tolto di scegliere il contrario partito, quello di fare annullare la convenzione.

Al *terzo dubbio*.

« Quegli che accetta una lettera di cambio « contrae l'obbligo di pagarla » dice l'art. 208, sul quale prendiamo un piccolo acconto. E

(1) Nel supposto che la interdizione non fosse pubblicata o notoria; allora il cessionario che acquistò dall'interdetto, non potendone ignorare la condizione, non può dolersi che di se stesso. Altro si direbbe se il cessionario abitasse in luogo ove non fu pubblicata la interdizione, tale sarebbe certamente un estero. Perciò la nostra ipotesi suppone ciò che nei giratari delle cambiali avviene comunemente, di essere lontani dal luogo ove domicilia il traente, e ragioniamo in tale supposto.

(2) La obbligazione penale s'incontra anche dai civilmente incapaci secondo i gradi dell'età considerati dal Codice. — Vedi il numero seguente, ed ivi alcune necessarie distinzioni.

rapporto ai giranti e giratari *l'accettazione essendo la provvista* (articolo 203), l'azione per impugnare una data falsa nella tratta sarebbe assolutamente negata all'accettante (1).

708. Pertanto la data di una lettera di cambio, è contestabile, purchè il contraddicente prenda sopra di sè la prova della falsità od erroneità. La regola si estende dalla data originaria a quella delle girate; per le quali era scritto un articolo, che ora non è più, nel Codice albertino, così espresso: « Chiunque dolosa« mente antidaterà o posdaterà qualsivoglia « lettera di cambio, ordine o girata, sarà sot« toposto alla pena del falso » (art. 152) (2).

L'abolizione di questo articolo è così giustificata dalla nostra Commissione speciale: « Si « delibera che sia soppresso l'art. 152 del « Codice di commercio perchè inutile. Se l'a« zione di antidatare o postdatare una lettera « di cambio, ordine, o girata, è accompagnata « da dolo, e produce altrui un danno, con« corrono gli estremi del reato di falso in una « scrittura di commercio, preveduto dall'ar« ticolo 342 del Codice penale, e però non vi « ha bisogno che in altro Codice questo me« desimo fatto si contempli e reprima » (Processo verbale del 26 aprile 1865).

Ciò è bene. O nel fatto concorrono gli estremi del falso, la legge penale entra per proprio uffizio a reprimerlo; o il fatto non ha questo carattere, non può riceverlo dalla legge di commercio. Decisamente quella disposizione era fuori di posto. La Commissione l'ha detta *inutile*. Io aggiungo, peggio che inutile; codesti scambi da Codice a Codice sono vizi delle legislazioni. Più frequenti prima d'ora, non sono però cessati, e derivano dal costituire la legislazione a pezzi, a brani, e direi quasi a strati, anzichè comporne un tutto omogeneo con perfetta cognizione delle attinenze che hanno fra loro, e con quello che si direbbe sistema armonico ed uno. A intervalli più o meno lunghi da un Codice, se ne pensa un altro, si discute da sè, e quel che è più, sulle traccie di qualche altro Codice, che rimane bensì abolito, ma conservato in gran parte trapassa nel nuovo idea fondamentale disegno e metodo, siccom'è avvenuto del Codice di procedura civile, fabbricato su altro tipo non perfetto, ond'è riuscito il meno felice, per questo motivo principalmente. In proporzioni diverse il Codice di commercio si risente di questo difetto segnatamente nelle materie concernenti la procedura. Lo abbiam visto, ed altro resta a vedere. Il Codice di commercio non dovrebbe contenere disposizioni di procedura. Tutto ciò che non è al suo posto, stride, per così dire, e mostra di stare a mal agio. Ne fanno fede le lunghe parole, e non troppe, che abbiamo spese per coordinare in più luoghi la procedura ordinaria a quella che si è dovuta necessariamente introdurre nel Codice di commercio perchè mancava nell'altro (3). E domando perdono della intramessa.

Vi era una ragione di più per escludere dalla nuova redazione il disposto dell'art. 152 del Codice albertino. Esso conteneva una esorbitanza; confondeva i principii del diritto penale; o non poteva per lo meno passare che sotto il presidio di una cauta e benigna interpretazione.

E a dimostrarlo bastano poche parole. Diceva quell'articolo: il fatto dell'antidata o posdata *è sottoposto alla pena del falso*. Così il Codice di commercio si metteva al di sopra delle regole della penalità, e giudicava in modo assoluto secondo la espressione che il fatto *doveva sempre punirsi come un falso*. Avrebbe dovuto invece dire: *si può far luogo all'esercizio dell'azione penale per falso*. Si capisce bene che quell'imbrogliato articolo voleva dir così, ma che volete? Si era copiato il testo francese, e non so se peggiorato nella traduzione. L'antidata o posdata poteva ben essere innocente nella intenzione, innocua nell'effetto, e così non avverarsi nè l'uno nè l'altro requisito del falso! Ma questa legge porgeva almeno sicuro argomento che la data di una lettera di cambio non può impugnarsi *se non mediante un giudizio o, come diciamo alla francese, iscrizione in falso?*

Ma lasciamo andare la legge albertina; e ripigliando l'articolo 94, è forse da esso che emana la conseguenza ora indicata?

Esponendo quell'articolo (n° 338) abbiamo dato delle spiegazioni che ci sembrano meri-

(1) Sui *mezzi di prova* accordati ai terzi per dimostrare la erroneità o falsità della data, è sufficiente avvertire che *ogni maniera di prove è permessa* e può trarsi dal vasto archivio dell'art. 92.

(2) L'articolo 139, in miglior forma, dice: *Il est défendu d'antidater les ordres, à peine de faux.* Tutti i nostri Codici alla francese recavano questa disposizione.

(3) *I regolamenti per la esecuzione* sono là per testimoniarci i vuoti delle leggi: gli autori dei regolamenti vedono meglio codesti difetti perchè discendono nel campo della pratica ove le disposizioni dei Codici fanno le loro prove. Indi è che i regolamenti non di rado dicono più della legge o dicono diversamente: nel qual senso si potrebbe dire che i regolamenti fanno la critica della legge.

tevoli di essere conservate, e già esauriscono più che in parte il tema presente.

Essendo *le lettere di cambio, i biglietti cogli altri titoli all'ordine e le loro girate* nella categoria superiore dei mezzi fiduciari, la falsità della data ha un fiero contraccolpo nell'articolo 343 e seg. del Codice penale (1). La penalità che non giunge al grado di quella riserbata ai pubblici funzionari che falsificano i proprii atti, è ben maggiore dell'altra che viene inflitta ai falsari di semplici scritture, siano pure relative al commercio. Nella penalità si riflette l'ordine graduale dei reati che perturbano lo stato di diritto nella espressione del tempo in cui nascono gli atti convenzionali. Questo concetto simboleggia la corrispondenza dei fatti legislativi nell'armonia dell'insieme, rilevandone l'importanza nei loro moltiplici aspetti, e nonostante come commercialisti noi abbiamo un terreno proprio sul quale concentrare il nostro esame, perchè possiamo anche prescindere dal falso-reato, e inaugurare procedimenti non comuni all'esercizio dell'azione penale (2).

È falsa (non vera) la data della cambiale quand'anche conseguenza di un errore, di una astrazione; non dolosa insomma e non colpevole. Le parti interessate la impugnano coi mezzi civili, perchè se il fatto le danneggia e loro permette l'azione di annullamento, non sarebbero fondate a promuovere l'azione penale. Quando la legge ha detto — *la data è vera sino a prova contraria* — ha esclusa la necessità dell'iscrizione in falso. È una questione di prove; è sempre un falso che si discute, ma quel falso che chiamiamo civile. Disputando si guarda il fatto in sè, e si prescinde dalla persona dell'autore del falso, e persino da un utente doloso. L'autore può esser morto, e l'azione penale divenuta inesperibile. Non importa: preme di stabilire che la data non è vera. Le parti sono tosto messe al confronto in un giudizio di cui la competenza spetta al giudice commerciale (3). Anzi per esse questa forma di giudizio è sempre legittima, quantunque emergendo la prova del falso penale, e l'azione relativa esercitandosi dal pubblico Ministero, la causa civile possa rimanere sospesa (articolo 4 del Codice di procedura penale).

E questa è la differenza somma tra il falso in atto pubblico e il falso in cambiale. La verità dell'atto autentico non si spezza che sotto la forza micidiale del reato, perchè la legge aveva avuto cura di affidarne il sacro deposito ad un funzionario che tutto il mondo stimava degno, e che nella propria condanna porge la soddisfazione giustamente reclamata dalla coscienza pubblica. Ad una presunzione meno potente di verità corrisponde non solamente una penalità meno elevata, ma eziandio un ordine di rimedi meno energico e meno solenne.

III.

709. *Somma da pagarsi.*

L'utilità, la convenienza di scrivere la somma *in lettere*, era sentita, adottata dall'uso del commercio, prescritta da alcune legislazioni; ora anche presso di noi è tradotta in legge.

Qui c'è da dir poco; ma che sarebbe se questa precauzione fosse trascurata? L'atto sarebbe forse nullo?

La mancanza dell'enunciazione della somma (4) in un modo qualunque conduce alla nullità della cambiale; è indubitato. Alla scrupolosa diligenza della legge nuova non basta più la *cifra*; si esige che la somma sia scritta *in tutte lettere*. Della cifra non si parla: sarebbe un superfluo. Ma qui può sorgere una controversia che io metto fra le gravi, e lascia me pure in certo modo esitante.

All'omissione dell'enunciazione scritturale della somma è pure attaccata la nullità della cambiale?

Per la negativa può dirsi che la vera importanza del disposto consiste in ciò, che la somma sia espressa, e risulti dall'atto; questo essere proprio della funzione cambiaria, questo essere essenziale; il modo della espressione non può tenere che un luogo secondario nella mente del legislatore; lodarsi i suoi avvedimenti, i quali però sono inventati nell'interesse dei contraenti anzichè in quello dell'ordine generale; essere consiglio autorevole del legislatore, anzichè prescrizione rigorosa al pari di tanti altri ordinamenti di questo genere sparsi pei Codici; se l'accettante, se gli acquirenti si trovarono paghi di un'espressione in cifre ben netta e precisa, fecero il comodo loro; le nullità essere odiose, non doversi mol-

(1) È nell'articolo 246 del Codice penale vigente ancora in Toscana.

(2) E perciò abbiamo censurato il richiamo immediato della penalità fatta in altri Codici di commercio.

(3) Vedi il suddetto nostro numero 338.

(4) Ne fa mestieri aggiungere — *in danaro contante* — come poneva la legge austriaca (articolo 4, num. 2). — Nel linguaggio classico, per *somma* si è sempre inteso valore pecuniario, non in merci o altre cose.

tiplicare; e la nullità in questo caso non vedesi dichiarata.

Niuno dirà che questi non siano argomenti di ragionevoli dubitazioni. Nondimeno io credo più consona alle viste del legislatore e allo scopo della legge la sentenza contraria.

È nello spirito evidente dell'articolo 196 di assegnare alla lettera di cambio i suoi requisiti essenziali (1). Tutti sarebbero essenziali, eccetto il presente che si vorrebbe in parte accidentale! Sarebbe essenziale *la espressione della somma*, ma accidentale ed arbitrario il modo di essa, benchè imperativamente prescritto dalla legge! La interpretazione che scinde la formula complessa e pretende attribuire al legislatore in cosa identica due diverse estimative, è una interpretazione assurda. Per lui la somma non è espressa, se non in quanto viene espressa legalmente, cioè *in tutte lettere*. *Jussus* e non *consilium*. Il fine è l'ordine generale, l'interesse del commercio (2). È vero che le nullità non si presumono; ma non si tratta di presumere la nullità, la quale se non è dichiarata per la violazione di questa forma, non lo è neppure per le altre che pure senza contrasto si ritengono essenziali. Quando si dimostra che (*quoad voluntatem* del legislatore) l'atto mancherebbe *di uno degli elementi che ne costituiscono l'essenza* (articolo 57 del Codice di procedura civile), il ragionamento si fonda nel contenuto della legge; non trovi altro metodo per decidere se una forma sia o no dell'essenza dell'atto (3).

710. Non sussiste adunque la lettera di cambio *come tale*, ed aggiungo che al difetto della enunciazione della somma in fronte o nel corpo della cambiale non può supplirsi in verun altro modo, per esempio col mezzo di libri, di corrispondenze, ecc. Ma *se l'atto è nullo come lettera di cambio*, non sarà pertanto una obbligazione, semplice o non semplice, una obbligazione qualunque?

La lettera di cambio non perfetta nella sua forma degenera in una obbligazione che diremo meno privilegiata, commerciale o civile (4), semprechè possa sussistere come contratto. Senza estender troppo la proposizione sulla quale dobbiamo tornare più avanti, ristretti al caso nostro, domandiamo in quale ordine di contratti dovrebbe collocarsi una scrittura che stilata al modo di una lettera di cambio, non contenesse con una espressione qualsivoglia, o in cifra o in lettera, la somma? Si comprende che la promessa di merci o di valori in merci o derrate non essendo una vera cambiale, sarebbe però la obbligazione di consegnare o far consegnare quelle merci o quelle derrate. Ma ove manchi l'oggetto della obbligazione, qualunque sia il carattere che si voglia ad essa attribuire, potrà essa avere una sussistenza legale? Se l'analisi discopre che la lettera di cambio contiene una vendita, un mandato, una fideiussione e non so che altri frammenti di contratto, e in uno di questi si decomponesse la cambiale divenuta impropria, niuno potrebbe sostenersi mancando del proprio oggetto. Si dirà che se la carta è così difettiva altri mezzi di prova si troveranno e io vi rispondo che voi potrete benissimo con altri mezzi stabilire una convenzione verbale; ma dovrete abbandonare la convenzione scritturale che deve portare in se stessa, e secondo la propria natura, i suoi caratteri essenziali Non sarebbe un *principio di prova*.

Intendiamoci però: la convenzione scritturale svanisce (checchessia della obbligazione) mancando la indicazione della somma o di una indicazione qualunque apprezzabile di valore, non quando la somma ci sia espressa, *sebbene in cifra e non in lettere*. È allora che la lettera di cambio degenerando, non potendo cioè vantare tutte le prerogative della sua indole superiore, resta però una obbligazione commerciale, se fra commercianti intesa: una obbligazione perfetta, non essendo in tali convenzioni richiesta quella formalità letteraria, al tutto speciale.

Ma la somma mancante, io lo ritengo fermamente, può essere supplita dall'accettazione. È forse dimenticanza, ma più probabilmente il traente ha avuti dei previi accordi col suo debitore sul quale ha tratto. Questi accetta in realtà e spiega in tutte lettere, giusta il precetto, la somma. L'accettazione verrebbe a far parte integrante della lettera: crederei rigorismo eccessivo il dire che trattandosi di un fatto posteriore, e non dello stesso traente, non fosse per soddisfare al voto della legge. Certo il debitore (l'accettante) non potrebbe contraddire al fatto proprio. I giratari, acquistando la cambiale e conoscendone il preciso ammontare, non hanno di che dolersi. E tutta la catena che potrà venire in seguito ha sempre lavorato sullo stesso perno.

(1) Meno l'8°, ed è cosa evidente. Vedi intorno a ciò i num. 730 e 731.

(2) Ad evitare facili falsificazioni, torbidi e controversie d'ogni maniera.

(3) Se vuolsi una conferma, si abbia nell'articolo 273, che ripete la prescrizione anche pei biglietto all'ordine.

(4) All'articolo 198 spiegherò questo concetto.

IV.

711. La lettera di cambio *énonce le nom de celui qui doit payer*, così l'articolo 110 del Codice di commercio francese. Non altrimenti il Codice albertino nell'articolo 119: noi più esatti diciamo *nome e cognome*. Niente di meglio. Su questo punto però siamo disposti ad una certa indulgenza (1). Ciò che importa gli è che s'intenda bene e senza equivoco la persona del trattario. Se io dovessi dire, preferirei la locuzione della legge austriaca (2). Una ditta per lo più si enuncia dal cognome, con qualche indicativo aggiunto che non è nè un nome nè un cognome. Qui cadeva la ponderosa questione del *trarre sopra se stesso*, sciolta dal nostro articolo 197, del quale ci occuperemo.

Per la omissione totale del nome del trattario la carta così incompleta sarebbe ineseguibile, e perciò inutile: questo è manifesto. Un errore d'indicazione, d'indirizzo o simili, senza porgersi argomento abbastanza forte di nullità, può condurre a gravi conseguenze. Fra le altre cose può imbarazzare un *protesto*. Se per esser male o in modo equivoco indicato il nome o domicilio del trattario, il protesto non può eseguirsi. Suggeriscono i pratici di ordinare all'usciere (3) un processo verbale nel quale trascritta la lettera di cambio, faccia fede delle diligenze inutilmente usate per trovare il debitore. L'atto, secondo il comune dei giuristi, scuserebbe il protesto, conservando intatti i diritti del portatore verso il traente ed i giranti (4).

Un'altra conseguenza se ne deduce, e che io molto apprezzo (BEDARRIDE, n° 72). L'errore essendo in ogni caso esclusivamente imputabile al traente (5), egli sarebbe sempre tenuto a indenniazare il portatore dei pregiudizi a lui derivati; allora persino *che lo stesso traente potesse provare di avere già fatti i fondi alla scadenza*. Questa massima, come si vede, ha un grande interesse giuridico.

V.

712. *Tempo e luogo in cui il pagamento deve effettuarsi.*

La lettera di cambio è pagabile a tempi diversi secondo gli usi e le convenzioni. La legge ne richiese nello stesso atto la determinazione precisa. « Vainement, ben dice DALLOZ, « objecterait-on que la lettre de change qui « ne porte pas de date *est payable à présenta-* « *tion;* car ce ne serait qu'une supposition, « et pour qu'une lettre de change soit pa- « yable à présentation, la loi a exigé que cette « condition fût formellement exprimée » (6).

Non può negarsi che questa dottrina non appartenga alla più pura legalità, o non risponda perfettamente alla regola del Codice. Nel senso più rigoroso converrebbe decidere che quando la lettera non esprime in alcun modo il tempo, sia insanabilmente viziosa. Il DALLOZ, nel passo indicato, ha messo il dito sulla piaga, il che non fecero tanti altri più insigni scrittori di cose cambiarie. Nondimeno interrogando la ragione di tutto questo, sento una certa ripugnanza nell'abbandonarmi a tutt'uomo alla decisione di DALLOZ. Il RICCI che condusse più avanti l'opera sempre rispettabile dell'AZUNI, scriveva nel § 37, sull'articolo *Lettera di cambio:* « Il difetto o inesat- « tezza nelle epoche della tratta o del paga- « mento non cambieranno l'indole legale della « cambiale, ma sottoporranno i contraenti a « gravi difficoltà nella esecuzione del contratto. « A risolverle, converrà invocare dal gius co- « mune il soccorso dei principii d'ermeneutica

(1) Il *nome della persona o ditta che deve pagare* (articolo 4° della legge universale di cambio austriaca.

(2) La Cassazione di Francia in un suo *arrêt* del 14 maggio 1827 disse che in questa materia non si deve sottilizzare se un vero dubbio non ci sia sulla persona.

Dovrebbe passarsi sopra qualche altra difficoltà, perchè poi lo stile di una lettera di cambio non è un sacramento. Fu ritenuta invalida questa forma: — *Bologna, oggi* (data). *Pagherò a madama* S. M., entro un anno *da questo giorno*, *la somma di* 8000 franchi, *valore ricevuto in contante dalla detta dama, che passerete senza nostro avviso* — Segnato C. (in fondo) — *Ai signori* R. R. *banchieri a Montpellier*. — Dov'è il trattario? si diceva (Corte di Montpellier, 17 novembre 1843). L'uso però indicava che i trattari erano i signori *R. R.*, ai quali era indiritta la lettera. La parola *pagherò* non è impossibile, perchè infine resta sempre nel traente un obbligo personale. Critiche prolisse ma giuste fece il signor BEDARRIDE (num. 70 e 71) su questa sentenza. Molti anni prima la Corte suprema di Francia aveva dato un migliore esempio giudicando di una forma consimile, come dalla decisione sopra indicata.

(3) Pel nostro articolo 259 la funzione appartiene anche al notaio.

(4) V. il nostro commento all'articolo suddetto.

(5) Sul quale cade tutta quanta la responsabilità della formazione della lettera di cambio, come dissi più volte.

(6) DALLOZ, *Répert.*, v° *Effet de commerce* (V. gli articoli 216, 217).

Digitized by Google

« qualora le usanze locali non forniscano soc« corsi speciali » (1).

Se la lettera di cambio non contiene indicazione di tempo (2), non equivale forse al non aver tempo, vale dire *all'esser pagabile a vista?* Secondo i principii del gius comune — *ubi dies non ponitur præsenti die debetur.* Io convengo che noi non andiamo a pigliar le norme dal diritto comune per governare il commercio; ma non sarebbe forse la conseguenza immediata della formula negativa e della mancanza del termine?

Io non oso pronunciarmi per la validità (salvi gli usi del commercio, che in questo punto direi decisivi) finchè la lettera di cambiale non perviene all'accettazione; ma da questo momento dovrebbe farsi la luce. Il trattario accetta o non accetta; ma che diremo qualora accetti puramente e semplicemente la tratta senza nulla aggiungere nè dichiarare? Me ne rimetto al seguente n° 713.

Intanto abbiasi per certo che la obbligazione cambiaria condizionale non è ammessa. La Corte di Tolosa dichiara insufficiente la lettera di cambio nella quale è detto che il pagamento si farà dopo la morte di una persona (6 gennaio 1837, *Journal du Palais*, 1837, t. II, pag. 415). La Corte di Riom trova non corrispondere al voto della legge il termine di scadenza sospeso da un evento tuttora incerto (1° giugno 1846, *Journal du Palais*, 1848, t. II, pag. 333). Altra decisione della Corte di Parigi del 14 maggio 1829 (Sirey, tom. XXIX, part. II, pag. 228). Decise nel 23 dicembre 1856 la Corte di Chambéry (*Gazzetta genovese dei Tribunali*, 1857, pag. 584) non potersi considerare lettera di cambio il mandato a ordine con cui taluno incarica un altro di pagare ad un terzo una somma *come i titoli del credito siano resi esecutorii.* È la giurisprudenza generalmente accettata (3).

Essa ha il suo fondamento nella parola della legge. Tempo incerto e dubbio non può essere enunciato con una previsione profetica. Il precetto è perfettamente in armonia col sistema: il protesto, per accennare ad una delle sue fasi più importanti, non potrebbe altrimenti colpire il giorno della scadenza colla precisione inevitabile che è necessaria.

Malgrado tanta evidenza, qualche opposizione c'è (4). Forse la legge dice tutto questo? Se il termine non è certo, basterà dichiarare da quale condizione dipende; i cessionari lessero e furono contenti; di che si lamentano?

Risposta facile. *Enunciare il tempo in cui il pagamento deve effettuarsi*, è saperlo. Ed è questo per l'appunto che non si sa. Ciò quanto alla formula della legge. E non si tratta se i cessionari siano contenti o non contenti; si tratta che lo svolgimento giuridico del sistema cambiario è regolato da principii che, tutelando i grandi interessi del commercio, non piegano ai mille arbitrii delle volontà particolari. Nulla d'illecito nello statuire ad una convenzione modalità di termini per eseguirla: sarà una convenzione valida, ma non sarà una lettera di cambio: ecco tutto.

713. Se la scadenza (termine del pagamento) è omessa nella redazione della lettera, reputano alcuni scrittori che la irregolarità possa essere sanata esprimendola chiaramente nell'accettazione (5). Altri però disconvengono per la ragione principalmente che il *beneficio della irregolarità della lettera di cambio sarebbe tolto a coloro che lo hanno acquistato* (6). Il quale effetto si considera e in ordine al traente ed a chi si aggiunse alla obbligazione (dator d'avallo) ed anche ai giratari. Supponete, si dice, che il traente sia un proprietario non commerciante. Non obbligandosi per vera e propria lettera di cambio, non ha fatto una operazione commerciale, e sfugge alla giurisdizione relativa. Come mai un terzo, l'accettante, potrà col fatto suo imporgli una condizione di cose, che il traente non ha voluta, fino ad assoggettarlo all'arresto personale? Ciò che dicesi del traente, si dirà eziandio del suo garante (dator d'avallo) che non può essere in condizione peggiore. I giratari, che prima dell'accettazione acquistassero una lettera di cambio imperfetta, fecero quel che a loro piacque; non acquistarono è vero una lettera di cambio con tutti i vantaggi che le sono annessi, ma in compenso presero obbligazioni meno stringenti e meno pericolose.

Io credo che vi sia del vero nell'una e nell'altra proposizione, ma bisogna distinguere.

Se la lettera formulata nello stile cambiario non contiene quella enunciazione della somma che è prescritta dalla legge, ed invece

(1) Sentenza della Corte di Nimes, 5 luglio 1817; della Corte di Parigi, 14 maggio 1829.

(2) *Pagate all'ordine* S. P. *dal signor* Paolo N. *lire mille senz'altro.*

(3) Bravard, pag. 227 e seg.; Bédarride, n° 80; Persil, n° 16; Pardessus, *Droit comm.*, n° 336, ecc.

(4) Delvincourt, tom. II, pag. 105, n° 5.

(5) Nouguier, n° 111; Alauzet, n° 784. Così pure ritenne la Corte di Parigi nel 14 maggio 1829.

(6) Bédarride, n° 79; Dalloz, n° 75; Rivière, *Répétition sur le Code de commerce* (quarta edizione, pag. 285.

accenna a mercanzie anzichè a moneta; ovvero non porta il termine preciso e certo, ma un termine condizionale, in tal caso mi sembra convenire il ragionamento seguente. Una contrattazione esiste nel suo genere perfetta benchè non sia un negozio cambiario. Se l'accettante dichiara — pagherò 300 nel giorno A — l'indole del contratto è realmente cangiata (1); egli non ha questa facoltà. Onde non è fuori di proposito il dire che vi hanno condizioni contrattuali già acquisite alle parti che intervennero e riconobbero quello stato di cose; la forma cede alla sostanza; le merci non diventeranno danaro perchè così sia piaciuto all'accettante, e il termine condizionale non diventerà termine certo per la stessa ragione. Il traente (a cui non si darà più questo nome, ma che sarà pur sempre obbligato secondo la promessa) non vuole obbligarsi che in quel dato modo; l'accettante avrà o non avrà diritto di rifiutarsi all'ordine, ma certamente non avrà quello di risponder coppe a spade, forse perchè gli fa più comodo quel modo di pagamento che un altro.

Ma fingiamo un'altra ipotesi. La somma è bene e chiaramente indicata, ma termine non si vede assegnato (2). Io posso convenire che in quello stato di cose non vi sia una vera lettera di cambio, quantunque l'obbligazione esista. Se il trattario si ricusa all'accettazione e il rimettente si rivolge pel rimborso al traente, egli non ne risponderà come di una lettera di cambio propriamente detta; non sarà per esempio tenuto con arresto personale. Noi però facciamo un caso complesso; supponiamo l'accettazione a complemento della lettera: l'accettazione pura e semplice. Senza alcun dubbio l'accettante non ha eccezioni da proporre contro il fatto proprio. E con pari certezza si dirà che i giratari posteriori all'accettazione non sarebbero meglio fondati a negare la convenzione cambiaria, sofisticando sul difetto del termine, essi che avranno tutto il vantaggio di riscuotere alla presentazione della cambiale. Si darebbe, io credo, alle parole della legge una interpretazione esagerata, si porterebbe la sottigliezza del curiale nelle più vitali operazioni del commercio.

Insisto ancora osservando che si ebbe pure una intenzione, e fu quella di fare una operazione di cambio, laddove nella ipotesi dianzi specificata si volle un contratto d'altra natura, avvegnachè male involto in forma cambiaria. Una lettera di cambio non ancora accettata (lo diremo altrove), non presenta che una combinazione elementare del cambio non portato a perfezione, e allora si può anch'essere rigoristi senza inconvenienti gravi. Ma datemi la accettazione e il movimento rapidissimo che suole succedere a questo complemento che assicura gli acquirenti; fate viaggiare la cambiale in paesi lontani, e un giorno che rivenga fra noi per essere soddisfatta, avrete poi il coraggio di sostenere che l'affare non è commerciale, e non si tratta che di semplice obbligazione? Voi intendete le conseguenze di questa trasformazione improvvisa; e come vadano a perturbarsi ad un tratto tutte le relazioni che da portatore a portatore si erano in buona fede ritenute legittime. Chi mai non avrebbe creduto che quella formula *pagate...* (*senza termine e senza dilazione*), accettata *de plano*, non fosse per significare *alla presentazione o a vista?* Si vede che tutti l'intesero in questo modo, e perciò fu così animata la circolazione di quella carta, che altrimenti avrebbe camminato ben poco. Assolutamente il commercio è un complesso di fatti che bisogna guardare dall'alto; se vi è ermeneutica, ella è qui; le attinenze civili possono meglio giudicarsi nella loro forma individuale, variando ad ogni mutar di persone; insomma io credo che il metodo *discretivo* meglio si applichi alle interpretazioni civili, e il *continuativo* e complesso alle commerciali (3).

714. *Luogo del pagamento.*

Questa indicazione non ha l'importanza della precedente. Il luogo ordinario del pa-

(1) Manca la stipulazione. « Si quis simpliciter interrogatus fuerit, et ille sub conditione responderit, si illud factum erit, dabo, non obligari eum constat. Intra calendas quintas? responderit, dabo idibus: *æque non obligatus; non enim sic respondit uti interrogatus est* » (Leg. 1, § *Si quis*, Dig. de verb. obl.).

(2) Ciò che proposi al numero precedente.

(3) Per tutta dimostrazione, disse Nouguier: « Lorsque une lettre de change, d'ailleurs régulière, « est viciée par l'omission de l'époque du payement « prescrit par l'article 110, s'il arrive *que l'accepteur* « *indique plus tard lui même une échéance*, le vice « primitif se trouve réparé en ce sens, *que l'effet* « *acquiert tous les caractères de lettre de change* ». (nº 111). Bisogna convenire ch'ella è una di quelle proposizioni che non basta affermare. Io poi sono andato più oltre: ho creduto che vi sia una combinazione (da tenersi però nei suoi termini positivi) in cui l'accettazione pura e semplice possa determinare la scadenza.

Scritte queste pagine, m'incontro con un passo di Bogaon, che mi toglie il merito dell'originalità. Meglio così: la sua autorità varrà più della mia.

gamento della cambiale è quello del domicilio del trattario, ancorchè non espresso. Ciò viene anche dichiarato nell'articolo 259. Ivi è opportunamente distinta la *residenza* dal *domicilio*, armonizzando col nostro sistema di procedura; e ne parleremo di maggior proposito illustrando quell'articolo. Il precetto non è tuttavia inutile nel senso, che *il luogo dev'essere enunciato* ogni volta che si prefigga alla cambiale altro domicilio che quello del trattario (1).

Il silenzio del traente può essere spiegato dalla parola dell'accettante, non a modo d'integrazione come nei casi sopra esaminati, ma come un fatto nuovo e dipendente dalla volontà di lui. L'accettante esprimerà, se gli piace, il luogo ove sarà per pagare! Se il traente avesse dal canto suo indicato il luogo del pagamento, ritengo che l'accettante possa anche rifiutarvisi se straordinario, non immutare il luogo. Può il traente avere un grande interesse che il suo corrispondente di Livorno paghi la cambiale a Nuova York nel giorno stabilito.

Si prevede qualche difficoltà se *più luoghi di pagamento* siano indicati. La legge cambiaria ungherese (§ 18) dichiarava dovesse considerarsi prevalente quello ch'era stato nominato prima. Ed è vero, anzi convien cercare di farne una regola, previo però il consiglio di non invaghirsi di sì brutto stile. Il cumulo dei domicili non può considerarsi che d'ordine successivo; non copulativo, non alternativo: altrimenti quale imbarazzo per il portatore, quale confusione nei protesti! (2).

VI.

715. *Valore somministrato in moneta, ecc.*

Analizzando il tessuto della lettera di cambio, non è difficile scorgere il triplice concetto che vi domina. Assicurare coi mezzi più opportuni la funzione eminente che le viene attribuita nel mondo commerciale; imprimere in essa quei caratteri di veracità che devono attestare la serietà e moralità della operazione; stabilire nello stesso atto quelle basi dei rapporti cambiari per cui si legittima la mole dei contratti aggiunti e delle azioni che ne derivano.

Noi abbiamo veduto spiccare il primo concetto nei caratteri della cambiale fin qui percorsi, e qualche altro ancora rimane. Come potrebbe il contratto di cambio eseguirsi, come potrebbe la lettera di cambio adempiere all'ufficio della circolazione a cui è precipuamente destinata, se non contenesse quei dati di fatto che sono appunto disegnati dalla mano del legislatore? Questo può bene chiamarsi il suo meccanismo. Il paragrafo che ora esaminiamo comprende gli altri due concetti. Qui occorre un certo sviluppo.

Si ripete dalla Ordinanza del 1673 l'obbligo ingiunto di esprimere il valore ricevuto non in genere soltanto, ma in modo specifico, se *in contanti*, *merci* od altro. Osservava SAVARY (3) che la clausula semplice *valor ricevuto* (non contenuto cioè nella stessa lettera) produceva dei gravi inconvenienti, massime nei casi di fallimento, e dà un esempio. Il banchiere *A.* (traente) consegna a *B.* una lettera di cambio per Lione. *B.* a cui ordine è tratta fallisce avanti la scadenza. Intanto cede a *C.* (probabilmente suo amico) la lettera colla identica clausula *valor ricevuto;* e così riduce il traente alla posizione di suo creditore personale, che dovrà concorrere nel fallimento e fare il sagrificio di gran parte del suo credito. Il portatore è in piena regola; egli è il creditore innegabile; l'accettante deve pagare.

POTHIER (*Traité du contrat de change*, n° 34) si associa a questa veduta di SAVARY, e prevede lo stesso giuoco, concludendo « pour « obvier à ces fraudes, l'ordonnance veut que « les lettres de change fasse mention *en quoi* « *la valeur est fournie* ».

Eccone le parole nella traduzione che posseggo (Bologna 1840). Nel caso preciso che io vengo dall'osservare, e fattesi le obbiezioni, continua: « Nondimeno sembraci più conforme ai buoni principii « il considerarla *come una lettera di cambio pagabile* « *a vista;* poichè in generale ogni obbligazione « sottoscritta senza indicazione d'epoca di paga- « mento è esigibile a piacere del creditore, ed è a « supporre che sia seguita questa convenzione fra « le parti; si dovrà forse soltanto accrescere un « giorno per ogni due miriametri e mezzo di di- « stanza dal luogo ove la lettera di cambio è tratta « a quello del pagamento per induzione dall'arti- « colo 165 del Codice francese ». (Commento all'articolo 140). Intorno a ciò vedremo la Sez. XI.

(1) E fu detto espressamente nell'art. 4° n° 8 della legge di cambio austriaca.

L'indirizzo scritto sulla lettera si vuole non potersi *tener in conto di elezione di domicilio* (GOUJET et MERGER, num. 59, Corte di Rennes, 13 marzo 1814). In questo convien guardarsi dalle massime generali; dipende dalle circostanze e dall'apprezzamento dei giudici.

(2) La indicazione del luogo in cui deve pagarsi la lettera di cambio può suscitare questioni di competenza, che noi dobbiamo riserbare all'ultimo Libro.

(3) *Parfait négociant*, liv. III, chap. I.

Io non crederei che in questo consistesse il pregio principale della innovazione. L'esempio che si adduce degl'inconvenienti attribuiti alla formula più compendiosa — *valore ricevuto* — non persuade, perchè anche adesso come allora la dichiarazione del valor ricevuto può esser una finzione; e il prenditore della lettera può cederla ad un terzo e privare il traente delle sue eccezioni personali.

Locré così vicino alla sorgente legislativa (discorrendo l'articolo 110 del Codice di commercio) ne diede, secondo a me pare, una eccellente spiegazione in quelle parole: « La loi « veut qu'on exprime l'éspèce de valeur qui a « été donnée pour qu'on puisse juger si les « parties n'ont pas cherché d'éluder son com« mandement par des vaines subtilités, *et si « ce qui a été donnée est réèllement une valeur*. « Les mots vagues *de valeur reçue* ne peuvent « donc être employés ».

Vi dev'essere un valore: più si deve conoscere se ciò che è stato dato sia un valore, e vuol dire che la lettera di cambio non abbia in realtà tutt'altra causa che un corrispettivo legalmente apprezzabile (1). Vero è che la formula *valore ricevuto* sembrava indicarlo questo corrispettivo; ma non basta, si richiedono più aperte, più specifiche dichiarazioni; e sta bene.

In questo consiste la vera importanza del disposto. Non ammettendo dimostrazioni *ab extra*, esige un documento perfetto, pieno, al quale, per così esprimermi, non manchi nulla. Non si vogliono equivoci, non denno abbisognare interpretazioni: la lettera deve dire tutto il necessario. Anche la *causa* deve aversi chiara nel testo della lettera. Nelle altre obbligazioni la causa legittima si suppone sempre (articolo 1121 del Codice civile: qui vuol essere espressa (2).

La causa si riferisce al traente; in altri termini giustifica la tratta; manifesta il rapporto che al momento di essa esisteva fra il traente e il prenditore pel quale il primo s'indusse a rilasciare la lettera. Come poi la causa della lettera di cambio non è il cambio, così può essere non commerciale, mentre il cambio effettuale, il cambio che n'è la conseguenza, deve constare dei suoi propri elementi. Poco importa se la causa non è commerciale, purchè un vero commercio si faccia; purchè il traente si incarichi di far trasmettere del danaro da un paese all'altro, e consegni un titolo abile a produrre questo effetto (3).

Si richiede la causa giusta, la causa vera e non la *causa commerciale*. Persino un atto liberale in origine, ma di poi divenuto obbligatorio, può essere accettato come motivo serio e giusto di una lettera di cambio. Io fui onorato da uno zio del legato di 5000 fr. Tu sei l'erede che deve pagarmi tal somma. Ebbene io che stando a Firenze ho bisogno di pagare 5000 fr. a Torino, vengo da te che sei un banchiere, e dico, a corrispettivo del mio credito, rilasciami una lettera di cambio sul tuo banchiere a Torino. Nulla di più comune. « Il ne « fant pas toujours une cause commerciale à « la lettre de change, *mais son caractère re« sultant principalement du contrat de change « qu'elle exécute et constate*, il est indispen« sable que la valeur, quelle qu'elle fût dans « l'origine, ait donné naissance au contrat » (4).

Perciò la formula che la legge propone è latissima — *il valore somministrato in moneta, in merci*, IN CONTO O IN QUALUNQUE ALTRO MODO. Queste ultime parole fanno chiaro che

(1) Il che vengo spiegando più avanti.

(2) Penetrando nella ragione della legge, si appalesa che il dichiarare la qualità e specie del valore è dichiarare *per qual causa* si è costituito il cambio.

(3) Non si crede disputabile il suesposto principio, tuttavia si conforti colla dottrina del Pardessus: « Il n'y a aucune raison pour que la valeur ne « puisse consister *en une chose extrangère aux opé« rations commerciales*, pourvu que cette chose soit « appréciable. Ainsi, on pourrait tirer des lettres « de change dont on réconnaîtrait reçu la valeur, « ou en un immeuble, en un retour de partage, en « prix de coupes de bois vendu par un propriétaire, « en bons offices, sauf, dans ce dernier cas, l'appli« cation des règles du droit commun sur les actes « de libéralité » (*Droit commercial*, nº 540; Dalloz, tom. XII, nº 200, nota).

La Corte di Pau, nell'11 novembre 1834, stanziò (che è caso forte) valida una lettera di cambio, il cui valore consisteva nella spesa della cancellazione di una iscrizione, dovendosi il valore pagare in luogo diverso.

La Corte di Rouen (5 novembre 1825): il pagamento di un prestito precedente fornir base di valore ad una cambiale dovendosi la somma pagare altrove.

(4) Bédarride, num. 85.

Il pagamento d'un salario, una retribuzione di servizi, dice lo stesso autore, non potrebbe autorizzare un contratto di cambio.

La Corte d'Aix (5 novembre 1830) dichiara che una lettera di cambio, la di cui causa non è che il prezzo di una surrogazione in un caso di leva militare, non è che una semplice promessa.

Digitized by Google

la legge non impone espressioni tassative e sacramentali. Quella di *valuta in conto* è suscettiva di comprendere questo ed altri casi come si dirà più avanti.

716. Ora di quattro trasporti conviene occuparsi, i quali rappresentano le conseguenze giuridiche che possono o no derivare dall'obbligo di specificare il valore somministrato dal prenditore della lettera di cambio.

Primo rapporto, fra il traente ed i terzi, e fra lui ed il prenditore; secondo, fra il prenditore ed i terzi; terzo, fra l'accettante e il traente; quarto, fra l'accettante ed i terzi.

In tema generale e se la lettera di cambio non arreca il valore specifico, può dirsi non essere nè una lettera di cambio, nè un biglietto all'ordine, non avendo il carattere di un effetto commerciale propriamente detto. Può essere bensì una obbligazione commerciale, ma di natura inferiore; meno potente e meno energica negli effetti. Tuttavia occorrono distinzioni.

Esaminando il primo rapporto, noi supponiamo che il valore sia stato specificato, e due casi possono presentarsi: *a*) che *la dichiarazione non sia vera; b*) che *non contenga un titolo giuridico da considerarsi come legittimo corrispettivo nei termini ordinari delle obbligazioni bilaterali*, *ovvero non sia fondato in un diritto certo e attualmente esistente*, *ma sperabile e contestabile*.

La disposizione della Ordinanza, alla quale fece omaggio il Codice di commercio, ebbe un aspro censore in FRÉMÉRY. Bella scoperta, egli diceva! Invece di *valeur reçue*, si userà un'altra espressione; si dirà *valeur en compte* o *valeur en marchandise*, sia pure; ma ciò non impedisce la menzogna e la frode, cui il prestigio della forma assicura l'impunità, mentre è un laccio teso agl'inesperti che non sapendo maneggiare questo linguaggio, saranno sagrificati nella verità delle loro operazioni (1).

Rimpetto all'interesse generale del commercio, senza dubbio la forma è sostanza, e ciò che nella lettera di cambio si legge intervenuto fra il traente ed il prenditore è una verità. Il contrario saria seme di continue incertezze, e il credito non avrebbe più base ferma. Non però il traente avrebbe a dolersi se la menzogna alla quale ha acconsentito gli si volge in danno. È possibile ch'egli non abbia ricevuto l'allegato corrispettivo e ne sia tuttora creditore; ma egli fece credere di averlo ricevuto, e non gli è più permesso di tradire quella fiducia ch'egli medesimo ha in altrui ispirata (2).

Si può convenire con FRÉMÉRY, che in questa parte lo sviluppo della formola non ha potuto cangiare radicalmente la situazione, nè impedire le frodi (3); non impedire cioè che si dichiari ricevuto un valore contante o d'altra maniera, che in realtà non si è ricevuto. Ma la legge non ebbe neppure questa pretensione. Il suo principale intento, giova ripeterlo, fu di avere dallo stesso atto quella cognizione che è necessaria per giudicare della causa abile a radicare nel prenditore la proprietà della lettera di cambio. E siccome il prenditore non potrebbe di suo capo asserire di avere fornito un valore apprezzabile se il traente medesimo non fosse il primo a dichiararlo, così posto anche non fosse tale affermazione che una bugia, non può egli fondare una eccezione contro i terzi nel proprio fatto colpevole, siccome si è concluso nel ragionamento precedente.

Ma di fronte al prenditore il traente può provare di non aver ricevuto valore di sorta malgrado la dichiarazione contraria. Specie di singolare conflitto ch'essi combattono fra loro, mentre la lettera di cambio prosegue la rapida sua corsa senza risentirne ostacolo. Il traente ha venduta una cosa di cui non gli è stato pagato il prezzo (4). Egli esercita la sua azione indipendente dalle vicende della lettera di cambio, della quale ha abbandonato il possesso al prenditore che, divenutone altresì il proprietario in faccia ai terzi, l'ha spinta in circolazione.

Se il traente non esercita la sua azione per il pagamento del prezzo, egli è rivestito di eccezione ogni volta che, per la forza degli avvenimenti, e per colui al cui ordine è tratta, la lettera ricade sul traente medesimo. Se alla tratta non sussegue l'accettazione, se il prenditore si trova in quella situazione che per l'articolo 207 gli dà diritto di rivolgersi al traente o per il rimborso, o almeno per averne una cauzione, il traente lo respinge colla eccezione *non adimpleti contractus*, o *non numeratæ pecuniæ*, o colla eccezione del dolo. Se sotto protesto per non effettuato paga-

(1) *Etudes du droit commercial*, c. XIX, p. 124, 125.

(2) Vedi ulteriormente al num. 721.

(3) Come si disse anche superiormente.

(4) Fra il traente e il prenditore il cambio si riduce ad un contratto di compra vendita (BALDASSERONI, *Leggi e costumi del cambio*, pag. 20, num. 13; SCACCIA, *De commercio et cambio*, § 1, quest. 4; DUPUY, *Lettere di cambio*, cap. III, § 24.

mento alla scadenza di una lettera di cambio accettata, di girante in girante si arriva a battere il primo consegnatario, e costui è obbligato a pagarla, volendo agire contro il traente, è rimandato colla eccezione della compensazione.

717. Sarebbe forse altra cosa se il prenditore non fosse che un commissionario?

Noi abbiamo esaminata con qualche accuratezza la natura dei commissionari (1), e li trovammo agenti in proprio nome e diretti obbligatari verso coloro coi quali contrattano (articolo 69). È inutile il dire che la forma cambiaria, essendo organica, non ammette obbligati subalterni o rappresentanti di altri obbligati non intervenuti nella lettera, e neppure nominati. Niuno sottoscrive la lettera di cambio coll'addiettivo di mandatario o di commissionario senz'altro. E se avesse sottoscritto in tale qualità, non sarebbe meno direttamente e nel proprio tenuto verso i terzi. Ciò diciamo e dei traenti e dei giranti e degli accettanti e di quanti sono obbligatari nella cambiale. La qualità spiegata nella lettera non esime dalla obbligazione personale, *ove non sia pur anco indicato il nome del committente o mandante* (2). La qualità addietta si prenderebbe per una spiegazione che può interessare in qualche modo colui che ve l'ha posta (3), senza però che lo costituisca in faccia ai terzi nella condizione di un rappresentante non personalmente obbligato; la sua intenzione di obbligarsi sarebbe ritenuta appunto per avere espressa una qualità generica (4), quasi indicante la professione, senza rivelare il nome del proprio committente, metterlo in evidenza nella stessa lettera di cambio, e fissare sulla persona di lui, anzichè sulla sua propria, l'attenzione e il giudizio del creditore (5).

Ove però il commissionario dichiarasse che egli non agisce che per la casa *A. B.* che ha sede in Milano, o per la società anonima conosciuta sotto il nome di *Previdenza*, avente sede in Genova, e così via; o non fosse che un rappresentante autorizzato di una casa di commercio, un socio gerente, ecc., sarìa troppo chiaro che persino i terzi, non avendo potuto contemplare che la persona del rappresentato in cui nome suona l'atto da essi acquistato, quella soltanto hanno potuto obbligare. La rivelazione del nome di colui pel quale si agisce è la liberazione del procuratore, mandatario o commissionario, che tanto più si affretterà a farla, quanto meno sia assicurata la solidità del suo committente, e più pericolosa la propria esposizione.

Dato che il commissionario al cui ordine è tratta la lettera di cambio sia il vero e diretto contraente (6), è piano che la sua posizione verso il datore della lettera è pari a quella di tutti gli altri prenditori che non avendo somministrato il valore che in apparenza, hanno ancora l'obbligazione del prezzo.

718. La cosa potrebbe alquanto diversificare, nello stretto rapporto fra il datore e il prenditore (non cioè rispetto ai terzi), se il primo era stato avvisato o aveva la scienza che il secondo non era che un mandatario e non voleva esser tenuto personalmente. In tal caso il traente potrebbe giudicarsi non avere azione se non per sequestrare i fondi che fossero presso il mandatario di ragione del mandante (7). Punto di fatto, decidere il quale appartiene ai magistrati giudiziari.

In questa materia, e quanto ai terzi in particolare, resta quasi sempre un'incognita; l'incognita è il nesso che dovrebbe unire il mandante al mandatario o rappresentante soscritto come tale nella lettera di cambio. Non si trova quasi mai chi voglia occuparsi di verificare il mandato. Se Pietro che si dichiara mandatario di Giovanni viene da Cesare banchiere in Bologna, e gli dice, ecco io vi pago mille franchi che mi farete tenere sopra un vostro corrispondente di Cadice mediante una cambiale, il banchiere che riceve la somma non ha niente a verificare, e crede all'asserzione di Pietro che si dice mandatario di Giovanni, perchè lo

(1) Commento al Capo I del Titolo IV.

(2) Rota fiorent. nella *Liburn. pretii* del 30 marzo 1722, riferita dal Casaregi, opera sudd., part. 1, art. XV, pag. 101.

(3) Tizio in realtà commissionario (commercialmente il mandatario non è che un commissionario) vuol esprimere la sua qualità perchè teme di pregiudicarsi verso il committente; non è del buono stile di una cambiale; ma può accadere.

(4) Quella di *commissionario* è molto più generica che quella di *mandatario*, poichè niuno fa il mandatario di professione, come si fa il commissionario. Ripeto però che chi dicesse *mandatario in genere*, in fatto di commercio per conto d'altri, si direbbe commissionario.

(5) Corrisponde perfettamente a questo concetto il disposto dell'articolo 69.

(6) O perchè non si aggiunse la qualità di commissionario; o l'addietto generico non corroborò colla indicazione del nome e cognome del suo committente, nel qual caso avrebbe mostrato troppo decisamente la intenzione di non obbligare se stesso.

(7) *Non ut ex suis sed domini bonis solvat* — Brunneman, ad Leg. *Lucius Titius fin.* D. de instit. act.

Digitized by Google

sia o no per lui è indifferente. Finchè Pietro non si fa a negoziare la lettera di cambio, niuno si cura dei fatti suoi. Ma un giorno egli gira la cambiale a Francesco sottoscrivendosi *P. mandatario di G.* Francesco non fa difficoltà sulla formula che già sta scritta nel corpo della lettera. Se la lettera non è pagata e ritorna indietro, allora è il punto. Francesco agisce in ricorso contro il suo girante, ma egli è un mandatario. Bisogna venir cercando il mandante. Se il mandante è un nome fittizio, se il mandatario ha ecceduto i limiti del mandato, egli deve rispondere del proprio (1). Sarà più frequente il caso che il mandante sia un nome cattivo sul quale non si è fatta indagine; e nonostante è ovvio che qualora il mandatario dimostri averne avuta facoltà, egli se ne rimane irresponsabile, perchè ai termini del diritto il debitore non è lui, ma il suo mandante, di cui il creditore, anche ignorandone le qualità, ha corso la fiducia con più o meno d'azzardo.

719. Rimanendo nel supposto che il traente sapesse che aveva a fare con un mandatario al quale egli ebbe la bonomia di rilasciare una lettera di cambio colla dichiarazione del valore ricevuto in contante o in altro modo valevole, senza dilazione nè fede del prezzo, poichè ne aveva ricevuta la promessa di pronto pagamento; varie ipotesi possono presentarsi.

È da osservare primieramente se il titolo portato nella lettera di cambio sia oneroso o gratuito; e rammento la differenza che pongono gli scrittori del diritto cambiario anche di tempo anteriore, fra la dazione della lettera a titolo oneroso o non oneroso; in quest'ultima specie il consegnatario della lettera non fu mai considerato se non quale un mandatario del datore e agente per lui (2). Per la nota teoria il mandante può revocare il mandato. In ordine ai terzi si rientra precisamente nel sistema del Codice. Il titolo gratuito non si riconosce. Se la lettera di cambio non porta nel seno la dimostrazione del pagamento fatto, in un modo qualunque, dal prenditore, egli è nella condizione del mandatario, e i terzi non acquistano diritti maggiori.

Ma a parte questo caso, e ritenuto che il traente sappia di avere a fare semplicemente con un mandatario al quale però ha consegnato un titolo di proprietario in tutta regola, si domanda se gli competa privilegio *sui fondi rimessi dal mandante e destinati al pagamento della lettera*, una volta che il traente abbia potuto sorprenderli prima del loro pervenire nelle mani del mandatario, che supponiamo divenuto personalmente insolvibile.

La questione, non priva d'interesse, in altri tempi era decisa a favore del traente, testimonio il BALDASSERONI, nelle seguenti parole. « Se i fondi destinati a fare l'acquisto di detta « lettera non fossero ancora pervenuti alle « mani del mandatario che ha preso la lettera, in tal caso è fuori di dubbio, in Toscana (3), *che questi fondi restano privativamente ipotecati a favore del datore della* « *lettera*, per la ragione che essendo questi « destinati al preciso effetto di acquistar detta « lettera, si considerano *come un pegno con-* « *venzionale*, e perciò prelativamente addetto « alla soddisfazione, senza che gli altri credi- « tori possano pretendere che sia messo in « massa e distribuito ai creditori a contributo » (part. I, art. XV, p. 104).

La teoria non è conciliabile colla moderna legislazione commerciale.

La questione può vedersi in tre aspetti che brevemente accenniamo: 1° del pegno convenzionale; 2° del pegno legale; 3° del privilegio del venditore sul prezzo della cosa venduta.

Secondo il chiaro commercialista italiano, *i fondi rimessi dal mandante e viaggianti verso la loro destinazione* (una volta che pervenuti fossero in possesso del traente o a suo nome sequestrati) rappresentavano un pegno convenzionale a favore del datore della lettera. Invero le nostre idee elementari sul pegno convenzionale sono rovesciate da un tale sistema (4). Due cose mancano, e sono quelle di maggior sostanza, al pegno convenzionale: 1° la convenzione; 2° il possesso, come base del pegno (5). E di ciò basti.

Piuttosto il pegno che viene a formarsi nella proposta condizione di cose dovrebbe appellarsi *legale* (6). Ma scorrendo tutto il campo,

(1) Leg. *Si procuratorem* 8, § *Mandati*, Leg. *Si qua alicui*, § *Qui mandatum*, Dig. mand. vel contra.

(2) DE LUCA, *De cambio*, disc. 33, num. 2; ANSALDO, *De comm.*, disc. 1, num. 10 e 13; CASAREGI, *De commerc.*, disc. 33, num. 11 e 14.

(3) Stante la disposizione dello statuto *della mercanzia* in Firenze — § 94, rub. II, lib. III.

(4) Vedi i num. 252, 253 e altri relativi.

(5) Il possesso o di fatto o acquistato al giudice col sequestro sono condizioni dell'esercizio; distinzioni spiegate a suo luogo.

(6) E così abbiamo nominato quello dei commissionari (num. 640, 652, ecc.).

non troviamo che tre articoli che ne pongano la nozione, e parlano strettamente a profitto dei commissionari (1).

Sono i commissionari, come si disse altrove, organi utilissimi del commercio, e perciò godono di una protezione affatto speciale. Ora è a dirsi in primo luogo che il datore della lettera, nella nostra ipotesi, non agisce quale commissionario, ma per sè solamente e nel suo proprio interesse. Un commissionario potrebbe invece ravvisarsi in chi prende la lettera per conto d'altri, ma lungi dal potere costui valersi del privilegio, egli è il debitore.

Il datore della lettera è in una posizione del tutto diversa da quella del commissionario. La necessità del commercio ha fatto prescindere dal requisito del possesso di atto presente, e ha creato pei commissionari una vera posizione eccezionale, immaginando il *possesso aspirativo* quando la cosa spedita tende a riunirsi col *dominus et clamat ad eum* ancora viaggiante (2). Ma un privilegio, comunque dell'ordine giuridico, è sempre un privilegio, e non può estendersi da persona a persona. Il datore della lettera è un individuo che agisce nella cerchia ristretta dell'interesse individuale, non serve ad alcuna necessità quando si abbandona alla fede di uno che mal conosce e gli affida una carta regolare, e in faccia ai terzi un vero titolo di proprietà, quantunque non abbia ricevuto il prezzo (3). Egli è un imprudente, un uomo che ha fatto male i suoi affari.

Guai se la legge di commercio proteggesse gl'imprudenti premiandoli con privilegi! Anzi ogni menomo fallo, ogni tenuissima colpa può rompere il vetro delicato che li circonda. Di fronte al fallimento vi saranno cento creditori più degni di rispetto, perchè furono vittime e non sono redarguibili di verun fallo. Privilegio non suona più per noi ineguaglianza e favore d'individui: esso è creato o per favorire un grande interesse pubblico, o perchè una relazione giuridica superiore sia conservata nel suo grado a fronte di diritti d'ordine inferiore, cioè meno rilevanti in se stessi.

È anche vero che la teoria ommerciale antica, che ci piace di rivedere, aveva precisamente questo carattere (4), e credo che, senza rendersene conto, amendue gli elementi cui vengo accennando, entrassero a comporre il privilegio al quale si attribuiva una immodica estensione, come ci attesta la sopra indicata rubrica dello Statuto fiorentino. Se il privilegio del venditore sul prezzo della cosa mobile venduta fosse ancora nei nostri sistemi, è il solo che il datore della lettera di cambio, non pagata, potrebbe invocare (5).

L'articolo 2102, nº 4 del codice Napoleone accorda privilegio al venditore sul prezzo di effetti mobiliari venduti e non pagati, se essi trovinsi ancora nel possesso del debitore. I Codici italiani di tipo francese (e lo erano tutti, eccettuato quello che vigeva nel Regno lombardo-veneto) mantennero il privilegio, fra i quali rammento l'articolo 2157, nº 4 del Codice civile albertino. Il Diritto romano altre prerogative concedeva al venditore, e in modo speciale la rivendicazione, non però il privilegio del quale parliamo (6); ed il Codice Napoleone si era ispirato propriamente alle consuetudini (7). L'attuale nostra legislazione civile ha fatto un ritorno ai principii del Diritto romano, che merita di essere segnalato. Il nº 4 dell'articolo 2157 del Codice civile albertino è scomparso (V. l'articolo 1958) (8). Secondo il Codice Napoleone e le legislazioni da lui generate, il prezzo era la cosa, ossia la rappresentava; ma la cosa non poteva rivendicarsi che dalle mani del compratore moroso, quindi il prezzo non era materia privilegiata se non si trovassero ancora le cose vendute nel possesso del debitore. La teoria della vendita dei mobili, nell'interesse del commercio, si va allargando sempre più e sciogliendo dall'impaccio delle rivendicazioni e dei privilegi.

(1) Articolo 73, 74, 75.

(2) Inutile di provare che queste frasi non sono niente poetiche, e non fanno che esprimere la natura metafisica del concetto. Al num. 659, 660, 661 vedrai spiegazioni sufficienti.

(3) Siamo sempre nella ipotesi che la lettera di cambio enunci il valore somministrato, *contro la verità*.

(4) Ne trattarono Scaccia, *De commerc.*, § 2, glossa 9; Ansaldo, disc. 30; Casaregi, disc. 56; ed esistono non poche decisioni della Rota romana, fiorentina e genovese, che stimo inutile riferire.

(5) È stato già avvertito superiormente che in questo rapporto il traente si considera il *venditore* della lettera di cambio.

(6) Fabro, *in Cod.*, lib. III, tit. VII, defin. 6; Troplong, *Privileg. et hypoth.*, nº 181.

(7) Articolo 177 *della coutume de Paris*, che aveva lealmente dichiarato di voler derogare al diritto romano.

(8) Ma è rimasta l'azione di rivendicazione a favore del venditore, siasi o no avuta fede del prezzo, negli articoli 1512, 1513 dello stesso Codice, che dal canto loro introdussero eccellenti riforme sulle legislazioni precedenti.

Digitized by Google

I due rimedi procedevano, a dir così, sulla stessa linea; ma il privilegio sul prezzo era un affare complicato nella pratica, tedioso, e sotto ogni aspetto si è fatto bene ad abolirlo. Non bisogna neppure lasciar dormir troppo sul morbido letto dei privilegi. *Vigilantibus jura succurrunt:* sia privilegio vostro la vostra accortezza.

Nell'aspetto della rivendicazione converrà sapere se il traente di una lettera di cambio venda il *titolo del credito* o il credito stesso? La rivendicazione implica la risoluzione della vendita, e cade *in corpore*. Non è improprio il dire che il traente vende il titolo, abile s'intende alla riscossione del credito: ma avrà luogo la rivendicazione quando la lettera non sia stata girata, e si trovi ancora presso il primo consegnatario, debitore del prezzo? Così l'intesero i nostri vecchi, essendo il diritto commerciale in gran parte allora dominato dalle regole del diritto civile (1). Oggi però la teoria della rivendicazione delle cose mobili è profondamente modificata dalle leggi di commercio (2). Esse ci portano in faccia al fallimento che sciogliendo molti rapporti contrattuali non ancora partecipati ai terzi, permettono in casi determinati la rivendicazione. Dichiara l'art. 687 « possono esser rivendicate « *le rimesse in effetti di commercio od altri ti-* « *toli non ancora pagati*, e che sono posseduti « in natura dal fallito al tempo del fallimento, « quando tali rimesse siano state fatte dal « proprietario con semplice mandato di fare « la riscossione e di custodirne il valore per « conto di lui, o quando dallo stesso proprie- « tario siano state destinate a determinati pa- « gamenti ».

Non è qui che l'articolo deve ricevere la necessaria illustrazione. Non faremo che stabilire due proposizioni nelle quali si riassume tutta l'importanza della questione presente, e si parte dal supposto che la lettera di cambio si trovi ancora nel portafoglio del prenditore all'epoca del suo fallimento.

Se il traente ha rilasciata la lettera colla dichiarazione specifica del prezzo ricevuto nei termini del nostro articolo 196 benchè non soddisfatto in verun modo, il traente non può rivendicare l'effetto di commercio uscito dalle sue mani, malgrado si proponga di provare che la dichiarazione non è conforme alla verità.

Se la clausula del valor ricevuto non esiste o non corrisponde nel suo tenore alla formula legale, il traente della lettera di cambio potrà rivendicarla.

Prescindendo anche dall'osservare che l'effetto di commercio non sarebbe stato consegnato a veruno dei fini previsti dall'art. 687, la proprietà è stata già trasmessa nel fallito colla dichiarazione del valore specifico ricevuto; e il titolo, come tale, non può essere rivendicato. Cercando un tipo analogo negli articoli 688, 689, noi troviamo che le merci vendute, eziandio a prezzo non soddisfatto, non sono rivendicabili qualora la tradizione sia seguita nei magazzini del fallito; e può ritenersene l'equivalente nella consegna manuale del recapito che abbiamo presupposto esistere già nel di lui portafoglio. Ciò diciamo senza pregiudizio o dell'eccezione di compensazione che al traente potesse competere quando fosse costretto al pagamento dai rappresentanti dei creditori, o dell'azione verso il fallimento per essere pagato del suo credito, indagini nelle quali non possiamo ora inoltrarci.

Quanto all'altra proposizione, il discorso è semplice. Il fallito non può in tal caso considerarsi che un mandatario del traente (V. i numeri 717 e 718), ed è manifesto che non potendo più il fallito, defunto al credito e privato dell'amministrazione, eseguire il mandato, lice al mandante rivendicare il titolo, che d'altra parte non avrebbe efficacia assunto da altri che non fosse il mandatario medesimo.

720. Toccando ora della responsabilità del commissionario rimpetto al suo committente che gli diede incarico di prendere una lettera di cambio per suo o per conto di terzo, egli deve procacciarsi quella che chiamasi *buona lettera*, cioè da un banchiere di credito, e in tal modo può coprire la sua responsabilità qualunque sia l'esito che in seguito la cambiale possa avere (3). La ragione si è che così facendo, il commissionario fa quello che farebbe per se stesso; o che fanno in quel dato circolo gli uomini di professione (4). Male per lui se

(1) Baldasseroni, part. I, art. XV, num. 10.

(2) Era già nato dissenso fra gl'interpreti del diritto civile se la rivendicazione (di cose mobili, non potendosi parlar d'altre in commercio) fosse da estendersi alle vendite commerciali. Persil (sull'articolo 2102 § 4 del Codice civile) lo ammetteva, contrastandolo Tarrible (*Répert*, v° *Privilège*, § 1, num. 1); Merlin (*Répert.*, v° *Privilège*, § 4, num. 4), e Favard de Langlade (*Répert.*, alla stessa parola, sez. I, § 2, num. 8).

(3) Scaccia, § 2, quæst. 7, part. II, ampliat. 10, n. 68, e § 2, glossa 5, § 405; Casaregi, disc. 56, num. 15 e 17.

(4) « Ex ea satis convincente ratione, quod mandatarius non obligatur plus agere quam quod a cæteris ejusdem professionis in loco ubi exequitur

si è affidato a persona sconosciuta, o conosciuta per cattivi affari, che è ancor peggio. Quando perciò la lettera ritorni non accettata per difetto di provvista (del che tratteremo più avanti), il commissionario rimane esposto a tutte le conseguenze (1). E tanto più che, sotto l'aspetto eziandio di mandatario, egli sente pesare la propria responsabilità quanto maggiori obblighi gl'impone la sua qualità di uomo pratico del commercio, l'ufficio che esercita abitualmente, e il salario o provvisione che gli viene retribuita (2).

Ma qualora il commissionario prometta lo *star dal credere*, e ne riceva la provvisione come prezzo del rischio (3), in tal modo incaricandosi della rimessa, il commissionario si costituisce mallevadore della idoneità sì del traente che dell'accettante, e sotto questo rapporto, del buon esito della lettera (4).

---

721. Se il contratto di cambio deve avere un corrispettivo come causa giuridica della sua esistenza; e se corrispettiva si considera una obbligazione preesistente alla lettera di cambio qualunque sia la natura della obbligazione (n° 715), dovrebbe ora esaminarsi se possa dirsi causa legittima del cambio anche *un credito condizionale, un diritto in spe*, secondo quello che si è proposto al n° 716. Ma rientrando questa ricerca nell'articolo *valore in conto* sul quale dobbiamo intrattenerci più avanti, ora proseguiamo a mettere in rilievo *le conseguenze giuridiche che possono o no derivare dall'obbligo di specificare il valore somministrato dal prenditore della lettera di cambio* (V. il suddetto n° 716) negli ulteriori rapporti fra l'accettante e il traente, e fra l'accettante ed i terzi.

Si è studiato l'effetto di una dichiarazione di valore falsamente apposta nella lettera di cambio, per conoscere quali sarebbero i diritti e i doveri di colui che rilasciò la lettera; quali le obbligazioni del prenditore in proprio o quale mandatario assunte (n° 716 a 720). Ora c'interessa di vedere sotto un punto di vista più generale e teorico che abbia a decidersi: *di una dichiarazione di valore illegittima nel fondo e perfetta nella forma esteriore;* e di altra *che irregolare nell'apparenza fosse nella realtà sostenuta da una causa legittima e giusta.*

Quando una legge si adopera con cura tanto sottile a formulare un atto perchè a quella formula si attaccano infiniti interessi e supreme guarentigie, la ragione del fine toglie di occuparsi dell'intrinseco che potrebbe non corrispondere alla mostra esteriore. Qui viene più che mai in rilievo e lampeggia la distinzione fra le persone dei contraenti e le persone dei terzi; e si appalesa lo spirito di codeste leggi formalistiche, le quali non lasciando libertà di discutere sul loro esser intrinseco se non fra quelli che sono veramente gli autori della contrattazione, ricoprono col loro manto tutti i difetti (5) rimpetto a chi non poteva leggere che in quell'atto, ed era nel diritto d'ignorare le fraudolenti combinazioni di coloro che si sono formati un titolo artificioso e mal conforme alla verità dei fatti.

Nondimeno malgrado la loro evidenza le idee sono state confuse. Se la causa di una lettera di cambio è falsa, e non esiste una causa reale e lecita (disse la Cassazione francese nel 20 novembre 1817) (6), la lettera di cambio è nulla. Col quale pronunciato due cose sembrano stabilirsi: 1° che la causa in sè, e non la forma esteriore della lettera di cambio, decide della sua esistenza; 2° che quando può *ab extra* provarsi un'altra causa lecita, benchè diversa da quella enunciata, la lettera di cambio è valida.

Questa dottrina si sostiene sino ad un certo punto nei rapporti dei contraenti fra loro, e ne abbiamo visto l'esempio nelle precorse indagini da traente a prenditore e viceversa. Dico *sino ad un certo punto*, poichè non sarebbe poi vero in tema assoluto che l'atto fosse nullo. Non potendosi qualificare una propria e vera lettera di cambio, sarebbe nonostante, o almeno potrebb'essere, una ben seria obbligazione commerciale, roborata o no da altre prove. Solamente allora la causa lecita, latente e vera, potrebbe emergere e sostenere la obbligazione; ma rispetto ai terzi, che sono i

---

mandatum in aliis casibus observari solet » Casaregi, disc. 113, n° 14 e 15, disc. 176, n° 41.

(1) Casaregi, disc. 36, num. 2.

(2) Franck, *Institut. juris cambii*, lib. II, sect. I, tit. I, § 19; Scaccia, § 2, glossa 5, §§ 401, 402.

(3) Ansaldi, *De commercio*, disc. 98, num. 52: « Et tamen *lo star del credere* nihil aliud est quam fidejubere seu accedere alienæ promissioni ».

(4) « Præterea quando mercatores promittunt simpliciter *stato del credere*, obligantur ad solvendum quod debitores sunt falliti *o diventati impagauti* » Decius, consult. 7, § 5; Casaregi, disc. 39, num. 8.

(5) Eccetto il *falso materiale*: è tempo di accennarlo; è questo stato della lettera di cambio che ci occuperà al num. 722.

(6) Sirey, t. XIX, part. I, pag. 30.

Digitized by Google

cessionari della lettera, la forma esteriore è decisiva (1).

In tempi più maturi (nel 19 giugno 1831) la stessa Corte di cassazione venne modificando quei concetti (2). Indi a partire dalla sentenza del 15 maggio 1839 fu giurisprudenza generalmente ricevuta. « On a compris, scriveva « NOUGUIER, l'injustice de cette solution (la « soluzione contraria), et on a decidé *que la « cause illicite ou le défaut de cause (quand « une cause apparente est énoncée) ne peuvent « être opposées au tiers porteur de bonne foi, « qui a ignoré le vice dont le titre était at- « taché* » (nº 121) (3).

Così riassunto e messo fuori di disputa questo articolo di diritto cambiario, è chiaro che la lettera di cambio, nella sua forma perfetta, è titolo incriticabile sì a favore che contro l'accettante, e rimpetto ai giranti e giratari. Ma supponendo invece la enunciazione d'una causa non ammissibile come obbligatoria (V. il nº 715), e potendosi provare fuori della lettera che una causa vera e legittima esiste tuttavia, noi abbiamo detto or ora, e ci confermiamo in quella sentenza, che la lettera di cambio non è valevole come tale, benchè possa avere gli effetti di una obbligazione commerciale di grado inferiore. Non così rispetto all'accettante, il quale pel fatto semplice della accettazione è tenuto a pagare la somma, stantechè questo solo fatto costituisce rispetto a lui una causa veridica e positiva di obbligarsi; o meglio ancora, rispetto a lui, è la riprova di quella preesistente relazione di debito e credito che si presume fra l'accettante e il traente. E se volete considerare questo rapporto civilmente, colui che assume di soddisfare la obbligazione in seguito d'ordine ricevuto dal debitore è un delegatario, e verso il creditore egli è l'unico e diretto debitore, giusta i principii della delegazione riassunti nell'articolo 1278 del Codice civile.

Ond'è che l'accettazione sarebbe la vera pietra fondamentale su cui i cessionari del creditore possono stabilire il loro diritto per essere pagati dall'accettante, indipendentemente da qualunque altra prova di causa legittima; poichè, giova ripeterlo, la causa legittima nell'accettante è presupposta; ed ha una *origine diversa da quella che obbliga il traente verso il prenditore della lettera.*

Come poi siffatta lettera, intaccata nella sua prima radice, non è che una obbligazione suscettiva di eccezioni quali ad una vera lettera di cambio non potriano opporsi, io riconosco che, nonostante l'accettazione, chi emise l'obbligazione può ravvolgere in un giudizio e il sedicente creditore e il delegatario per fare annullare la convenzione secondo le regole comuni, eccettochè il creditore non dimostri di esserlo realmente per altra causa, comunque non espressa nella obbligazione. E non dirò altro su questo argomento.

722. *Del falso materiale nella lettera di cambio.*

Fin qui abbiamo parlato di quel falso *intellettuale*, che rinchiuso nell'animo dei suoi autori non porta un guasto, una rovina sul documento che si mostra perfetto, irreprensibile, nella sua apparenza; e non è sempre un reato nel crudo senso della parola, ma può essere una simulazione, una supposizione, senza decisa volontà di nuocere, senza il concorso di quel dolo che non ha altro medicamento che la penalità. Il Codice è già disceso nell'articolo 198 ad esaminare questa cattiva posizione, e, decapitando, per così esprimermi, la cambiale delle sue maggiori prerogative, non rifiuta però all'atto un valore, nè un grado anche molto notevole nell'ordine delle obbligazioni.

Ma due casi fanno che la lettera di cambio sia privata di efficienza giuridica sotto qualunque rapporto possibile: l'assoluta incapacità del primo obbligato (il traente) (1); e la materiale falsità di cui è inquinata.

Si commette falsità di più maniere nella let-

(1) Ciò abbiamo dichiarato nel num. 716.

(2) Anzi non tardò molto, perchè con altra sentenza del 28 gennaio 1819 si era cangiato avviso; ma di poi vi fu qualche oscillazione, qualche idea torbida, onde la indicata decisione del 1831 non ebbe la limpidezza necessaria. Le Corti d'appello si erano meglio pronunciate sull'argomento (Parigi, 22 dicembre 1825 e 15 marzo 1826 (SIREY, t. XXVII, part. II, pag. 301); Corte di Pau dell'11 novembre 1834 (*Journal du Palais*, t. XXXV, part. II, p. 56).

(3) Chi conosce il vizio d'origine, la causa illegittima della lettera di cambio che fu il prodotto, per ragion d'esempio, di un giuoco d'azzardo, non è propriamente un terzo, cioè un estraneo, ma un complice, almeno d'intenzione, e, secondo le circostanze, potrebbe subire la eccezione del dolo nonostante la estrinseca perfezione del titolo (DALLOZ, *Effets de commerce*, num. 145, Cassazione di Francia del 30 novembre 1826 e del 4 dicembre 1834; Cassazione di Torino, decisione del 4 gennaio 1862, Corte di cassazione di Firenze del 3 maggio 1867; *Annali di Giurisprudenza italiana*, anno 1866-67, vol. I, part. I, p. 241, ed ivi nota).

(1) Del che ci occupiamo nella esposizione dell'articolo 199 e 200, oltre quello che fu già discorso intorno all'articolo 4 e seguenti.

Digitized by Google

tera di cambio. Imitazione di firme, introduzione di nomi immaginari, senza parlare dell'aggiunta di formule o alterazioni di cifre: contro le quali arti la legge cerca difendersi colle sue prescrizioni sottili, ma non riesce sempre. Supposto che la firma del traente sia stata falsificata in modo che il trattario gettandovi l'occhio non ha potuto accorgersene, ed abbiala perciò accettata, nasce un dubbio e molto grave.

Malgrado la falsità della firma del traente, l'accettante non sarebbe forse obbligato senza replica a pagare la tratta?

È ciò che insegna Pardessus: « Vainement « prétenderait-il qu'il ne peut être présumé « avoir entendu accepter autre chose qu'une « lettre véritable; qu'en conséquence il n'a « contracté aucune obligation, puisque celui « pour qui il croyait accepter n'était réelle« ment pas tireur. Quelque favorable que soit « sa position, elle l'est moins encore que celle « du porteur; quelque prudence qu'il ait pu « mettre dans sa conduite, il avait plus de « moyens de découvrir le faux que celui-ci « qui rarement est à la portée de vérifier la « signature du tireur, et qui a dû rester « sans défiance, et n'exercer aucun recours « dès qu'il a obtenu celle de l'accepteur » (*Cours de droit commercial*, n° 448).

Pertanto noi abbiamo una lettera di cambio falsa in origine essendo caduta la falsità niente meno che sul nome del suo autore. Un commissionario abusando il mandato che ha ricevuto di acquistare una lettera di cambio, finge il nome del banchiere *A.*, e gli è facile aggiungere avergli contati i 3000 franchi che saranno pagabili in altra città da altro banchiere amico del finto traente: la lettera è bell'e fatta. Come non vi ha di vero nè la soscrizione del traente, nè il suo consenso, così non è neppur vero il credito o lo sborso: tutto è inventato. Si potrà forse dire in questo caso, come in quello esaminato nel precedente numero, che l'accettazione pura e semplice avendo una causa particolare nei rapporti fra l'accettante e il traente, essa non è influita e menomata dalla illegittimità di quella che motivò la convenzione fra il traente e il prenditore? Ma l'attuale contingenza è tutt'altra. L'accettante si pone in faccia al suo presunto creditore; stima vederne la firma e s'inganna; nè mai avrebbe accettato se non fosse in questa convinzione. Che fa egli con ciò? Paga egli forse il proprio debito e si libera dalla obbligazione? È manifesto che la vittima è precisamente lui, e contro di lui sono diretti i colpi del falsario.

Non si comprende adunque la teoria del Pardessus, almeno nei termini con cui è enunciata. L'illustre autore, proponendosi l'obbietto, non vi dà alcuna soddisfazione. Poi viene rimproverando all'accettante la sua negligenza per non aver verificata la firma del traente ch'egli deve conoscere meglio degli altri, quasichè la negligenza non abbia dei gradi, o basti sempre una diligenza comune e non sia talvolta necessaria una diligenza diffidente, superlativa, che non è mai un obbligo imposto negli affari propri (1); o finalmente la buona fede e l'esser vittima di un vile inganno, se non può farci ricuperare il perduto verso un ladro che fugge, non ci esoneri almeno dalle obbligazioni che si pretenderebbero a noi derivarne.

Secondo la teoria del Pardessus l'accettante che non pagò perchè la scadenza era a termine, rimarrebbe nella obbligazione verso il portatore della lettera di cambio al quale il falsario dopo l'accettazione l'avrebbe girata. Si può fare a piacere la ipotesi che il giratario sia un terzo di fede sincera, o di buona fede apparente perchè terzo, che non si potrà mai o quasi mai cogliere in fallo. Se per effetto della sua accettazione l'accettante è già obbligato verso l'incognito presentatore che verrà a colpirlo alla scadenza, scoperta nel mezzo tempo la falsità, il pagamento ch'egli facesse del debito al suo creditore legittimo e diretto (il traente) non basterebbe a liberarlo; e dovrebbe sempre tenere un'altra somma apparecchiata a favore del portatore della falsa cambiale! Io non so davvero se tutto questo sia più assurdo o più immorale.

Per chi non fosse ben chiaro sulla sua opinione, aggiunge il Pardessus al n° 449: « Une « lettre véritable peut avoir été falsifiée avant « l'acceptation. Si le tiré s'est borné à écrire « le mot *accepté*, ou s'il a répété, dans son ac« ceptation, la somme substituée faussement, « *il ne peut se dispenser de la payer; les motifs* « *que nous venons de donner militent contre* « *lui* ».

Qui la teoria è netta. Basta la parola — *accetto* — per obbligare l'accettante eziandio di una cambiale falsa! Mi pare che un bel comodo sia fatto ai falsificatori. Chi piglia una

(1) Mancano forse i Giuseppe Ruskovitz, alias Gottardi, a sorprendere colle loro falsificazioni i più accorti banchieri cominciando dagli inglesi e discendendo sino agl'italiani?

Digitized by Google

obbligazione suol essere meno oculato di chi paga a dirittura: tanto meglio! Il falsario comparirà dopo tre mesi, per mezzo di qualche fidato amico, a riscuotere, e, secondo PARDESSUS, l'accettante non può esimersi dal pagamento. Noi non ammettiamo che l'*imprudenza eccessiva* (1), ed allora l'accettante sarebbe tenuto *non perchè tale* (avvertitelo bene), ma pel principio « ognuno è risponsabile del danno « che ha cagionato non solamente per un fatto « proprio, *ma anche per propria negligenza od « imprudenza* », sancito nell'articolo 1152 del Codice civile.

L'accettante per questa ragione costretto a indennizzare il portatore, non potrebbe mai rivalersene contro il vero suo creditore, nè rifiutarsi di accettare una tratta da lui derivante sotto pretesto di averne pagata un'altra.

Sino a questo punto si è supposto pagamento a termine e obbligazione; si è creduto di poter stabilire che l'accettante non è tenuto, come tale, a pagare la lettera di cambio scoperta falsa. Consumato però il pagamento, di fronte all'azione di ripetizione d'indebito, la questione parmi doversi risolvere con altri principii. Ma si va troppo avanti nel tema dell'accettazione; sotto questo aspetto l'esame si connette colle teorie che dovremo esaminare alla Sezione III.

—

723. *Valore in conto.*

Sono note le difficoltà che incontrò nel Consiglio di Stato l'adozione di questa formula. Troppo elastica e facile a sguizzare di mano, se mi permettete la frase, faceva temere qualche agguato, qualche frode. Quei cari francesi sono di una prudenza ammirabile, timidi della frode come di un fantasma che vedono dappertutto. Nei paesi più commerciali del mondo, l'Inghilterra e gli Stati Uniti d'America, le cose vanno senza tante formule; e tanti altri Codici ne fanno senza, o almeno ne hanno di più semplici (2). L'espressione *valore in conto* già presentava un carattere liberale, prestandosi a molte combinazioni del commercio. Uno scrittore autorevole, VINCENS, ne diede questa nozione. « Cette forme (*valeur « en compte*) signifie que l'argent n'a pas été « réellement et séparement compté, et *qu'on « a fait entrer les valeurs dans un compte cou« rant*, ou elle est ou sera compensée avec « d'autres articles, venus ou à venir. Ainsi s'il « y a contestation, c'est un compte à faire » (tom. II, pag. 176).

JOUSSE aveva già teorizzato, significarsi con ciò un modo di procedere per via di compensazione anche futura; non essere necessario che al momento della creazione della lettera di cambio il traente fosse debitore del prenditore. La lettera di cambio, formando un documento di credito, sarebbe addebitata al prenditore nel suo conto corrente. Più tardi dovrà succedere una liquidazione. I commercianti fra i quali fervono corrispondenze di affari, sogliono trarre a vicenda l'uno verso l'altro lettere di cambio, o girarle rispettivamente, sotto questa veridica divisa *di valuta in conto*.

Una volta che si voleva formulare il valore era impossibile dimenticare una espressione che rappresenta la situazione più comune dei commercianti fra loro. Che siffatta espressione abbia virtù di trasmettere la proprietà della tratta, certissima cosa è; ma ove il prenditore o beneficiario, come dicono i francesi, non ne avesse fatto uso, e rimasta nel suo portafoglio la venisse presentando al traente onde la pagasse a scadenza, si vide sorger questione se dovesse comprovare che a quell'epoca almeno egli era creditore nel conto corrente, quanto dire dovesse liquidarsi il conto corrente.

In contrario fu osservato (NOUGUIER, n° 125): 1° che con tale sistema sarebbe annientata la virtù della lettera di cambio in onta alla legge che ne riconosce la sostanzialità sotto quella semplice espressione *valuta in conto*, senza curare la posizione del conto (3); 2° che la naturale efficacia di una lettera di cambio, perfettamente organata, sarebbe misconosciuta. Non è forse contenuto nella lettera e ammesso dal traente, che nel momento in cui si fa una delegazione al trattario in favore del prenditore, questi ha già ricevuto il valore in conto, quanto dire che il valore *è passato nel conto*

(1) Ripetiamo: *imprudenza eccessiva* da una parte, e tutti i caratteri della buona fede dall'altra. Il corrispondente accettando la tratta, era nella condizione di coloro che adempiono un dovere, e il caso era troppo straordinario per imporgli degli appuramenti, dei confronti peritici, o delle sospensioni, e interpellare l'amico, fuori com'era d'ogni sospetto.

(2) Codice spagnuolo, articolo 426; olandese, articolo 100; portoghese, articolo 321; prussiano, articolo 766. Legge universale di cambio austriaca, articolo 4.

(3) Aggiungevasi che in tal modo niuno avrebbe interesse di procacciarsi una lettera di cambio la quale, colpita d'impotenza, si confonderebbe collo stesso conto. Ciò non è del tutto esatto. Non si contrasta che la lettera non avesse potuto validamente cedersi; nè l'eccezione del conto non liquido potrebbe mai prodursi di fronte al terzo.

Digitized by Google

corrente? (1); 3° valore in conto secondo il preciso testo della legge equivale a valore ricevuto in contante, producendo il medesimo effetto (2); 4° un titolo liquido ed esigibile non potrebb'essere paralizzato da eccezioni di compensazione non aventi questo duplice carattere. Ragione possente, ma perentoria è la prima.,

Dato che la espressione *valuta in conto* non abbia altro termine di relazione che un conto corrente, la lettera di cambio è un atto che sta da sè, fuori del conto corrente, e da esso indipendente, quantunque ne sia un elemento dei più complessi e dei più rilevanti. È una parte del conto staccatasi dal fondo e convertita in un effetto commerciale. Assunto questo carattere, non rientra più nel conto nella sua forma elementare; e quindi non si scompone nè si distrugge la lettera di cambio, rimanendo sempre proprietà di colui al quale fu una volta acquisita (3).

Che se il più ovvio rapporto della clausola è il *conto corrente*, questo però non è la base necessaria, chè niuno va a ricercare se fra quei commercianti sia posto in atto un conto corrente, o possa nascere in seguito coll'intrecciarsi di altri affari e di altre corrispondenze. La vera importanza della dizione consiste nell'esprimere l'assenza di un valore materiale somministrato; trattarsi invece di un valore ideale, cioè di un credito formatosi dal datore della lettera; di un credito che può diminuire il debito di un conto corrente, o piuttosto attribuire al traente l'azione di rimborso, o aprirgli una partita nell'*avere* di un conto futuro. L'analisi ci dimostra, che per questo artifizio siamo ricondotti pressochè alla condizione dell'abolita formula di *valor ricevuto*, troppo sbiadita e scipita, secondo i moderni; troppo elastica, troppo comprensiva. Non me ne dolgo; e come osservai, nella regione dei formalisti fu progresso. Fu progresso perchè fu quasi una inutilità, lasciando infine ai contraenti la più ampia libertà d'intendersi fra loro.

Vero è che la sfera entro la quale deve contenersi la espressione è quella degli affari. Non crederei che l'aver posto a base della tratta il credito, p. es., derivante da una eredità (un legato), possa cresimarsi *valore in conto*. Che ne segue? Rimpetto ai terzi ogni censura dell'intimo significato della clausola è onninamente esclusa. Il possessore della lettera che non si affida del tutto all'acciaro della sua formola, si spoglierà molto probabilmente della lettera, e la lancierà ai terzi. Ma nella ipotesi che si trovasse a combattere petto a petto col traente, questi per esimersi dall'arresto personale e da qualche altra conseguenza, potrà opporgli che la cambiale è imperfetta, provando che la causa della sua obbligazione non aveva riscontro colla formola usata.

—

724. Qui viene una folla di altre dizioni più o meno famigliari alle lettere di cambio.

a) *Valuta intesa. Valuta cambiata.*

Parlando di questa formola, contrastata anche in altri tempi, diceva Casaregi con una frase notevole (4), *non possum figere pedes* nè in conti nè in documenti o scritture di crediti rispettivi; e sono, come a dire, in aria.

L'Azuni il cui nome vale qualcuno degli scrittori più moderni, la spiegava così. « Suole « anche apporsi nelle lettere di cambio la « espressione per *valuta intesa* oppure *cam-* « *biata*, e allora s'intende che il valore della « cambiale non sia stato realmente pagato, « ma ch'ella siasi data *colla speranza della fu-* « *tura numerazione della somma* intesa o cam- « biata; nel qual caso potrà competere l'ec- « cezione *fondata nella stessa lettera* del da- « naro non numerato, o dell'inadempimento « contro colui al quale siasi data la let- « tera » (5).

Savary riteneva che lettere di questa foggia

(1) Questa risposta sembra meno decisiva, poichè si potrebbe ripigliare, niun dubbio che il valore della lettera sia passato nel conto, ossia in credito del traente; ma in quell'ora in cui mi domandate il pagamento, io vi oppongo o che non eravate in realtà creditore quando vi rilasciai la tratta, o essendo poscia divenuto debitore nello stesso conto corrente, io vi oppongo la eccezione della compensazione.

(2) È un riflesso che si confonde col precedente e potrebbe ricevere la stessa risposta.

(3) Questo importante principio ha grand'eco nella giurisprudenza e nella dottrina (Cassazione francese, 14 floreal, anno IX, Sirey, t. xix, part. i, pag. 429; 23 agosto 1818, Sirey, tom. xix, part. i, pag. 256; 25 luglio 1832, Sirey, tom. xxxiii, p. i, pag. 517; Tolosa, 7 marzo 1817; Colmar, 5 novembre 1839, *Journal du Palais*, 1840, t. ii, p. 268; Corte d'appello di Firenze del 3 febbraio 1864, Bettini-Gilriati, *Collezione di Giurisprudenza*, t. xvi, disp. 8; Merlin, v° *Endossement*; Favard de Langlade, art. i, § 1, num. 10; Vincens, t. ii, p. 176; Rogron, all'articolo 110; Pardessus, t. ii, n° 340; Goujet e Merger, v° *Lettre de change*; Nouguier, num. 123.

(4) *De commercio*, disc. 51, num. 13.

(5) Dizionario, v° *Lettera di cambio*, § 37; Scaccia, § 2, glossa 8, num. 7; Dupuy, chap. 5, num. 21.

non fossero trasmissibili all'ordine, nè potessero negoziarsi, non avendo un proprio valore cambiario (1). DE LA PORTE chiamavale *condizionali*, o si limitava a notare che *raramente* erano pagabili a ordine, non esprimendo un valore ricevuto, ma soltanto inteso fra le parti (2).

Quanto alla sua particolare opinione, l'AZUNI credeva che ove una lettera di questo stile fosse girata a terzi, il traente non potesse esimersi dal soddisfarla. La cambiale (mi valgo ancora delle sue parole rispettabili nella loro semplicità) « è divenuta talmente propria del « compratore da poterne disporre a suo piacimento, e consegnando ad un'altro in virtù « d'un ordine, s'intende tosto trasferita in esso « la proprietà; altrimenti sarebbe ingiusto che « il traente il quale non deve dar la lettera « senza la valuta, somministri occasione per « suo difetto d'ingannar colui che tratta sul « credito e riputazione delle sue cambiali » (detto § 57).

È noto però che quel dotto scriveva prima del Codice, quando le clausole dichiarative del valore si dibattevano ancora fra i giuristi, ed era lecito, dirò così, avere un'opinione. Allora la formola spiccia *valuta avuta* bastava al commercio senza la frangia delle specificazioni, e l'altra di *valuta intesa* poteva in certa guisa stimarsi equivalente. Ora ci è imposto se non di fare nella lettera di cambio una spiegazione di quello che è passato fra noi come motivo del contratto, qualche indirizzo almeno, qualche cenno, qualche idea di esso. Se la formola *valuta avuta* o *valor ricevuto* non è più sufficiente, meno può esserlo *valuta intesa* o *valuta cambiata*, che nel suo carattere esclusivamente soggettivo e interno non ha linguaggio e niente dice a chi legge il documento (3).

b) *Valore in me medesimo.*

È la negazione del valor ricevuto, e non ha senso se non traendo lo scrivente all'ordine proprio: ed il valore gli rientra mediante la girata della lettera di cambio.

c) *Valore in noi* o *fra noi* non surroga quello di *valore in conto*; la lettera di cambio non ha la perfezione desiderabile (4).

d) *Valore secondo la nostra convenzione di questo giorno.*

È forse più significativa della precedente una simile formola? La Cassazione francese ne diede il seguente giudizio: « elle n'indique « ni de quelle manière la valeur a été fournie, « ni même s'il a été actuellement fournie une « valeur; qu'elle n'assigne à la création du « titre d'autre cause qu'une convention, dont « elle ne détermine pas la nature et n'atteste « pas l'exécution ». Consegnenza, che il biglietto all'ordine (di questo trattavasi), quali che fossero le forme della sua trasmissione, non poteva considerarsi che una semplice promessa (5).

e) *O in qualunque altro modo.*

Tralascio di occuparmi di altre locuzioni anche meno usitate (6), e mi fermo a questa, meritevole a ver dire di qualche illustrazione malgrado sia pressochè trascurata dai commentatori.

Dall'atmosfera soffocante delle formole entriamo in un'aria più respirabile. *In qualunque modo sia somministrato il valore*, dichiaratelo, dice la legge; il modo non m'importa, ma voglio sapere qual è. Il *modo del valore* non vuol dir altro che lo *stesso valore*. È un valore in quadri, in materiali di fabbrica, in provvigioni alimentarie, in azioni di banca, in somministrazioni per la vostra impresa teatrale, in titoli di credito; consiste nella cessione di rendite d'affitto, nel compenso di onorari di profes-

(1) *Parfait negociant*, liv. III, chap. IV. La clausola *all'ordine* è potente per esprimere il modo compendioso della trasmissione liberata dalle forme della cessione civile. È così che doveva intendere SAVARY, poichè ogni titolo di credito può cedersi ad altri.

(2) *Science des négociants*, traité III, section II, circonst. 3, § 4.

(3) Secondo DALLOZ (v° *Effets de commerce*), *valuta cangiata* (valeur changée) esprime bensì che la lettera è tratta alla scoperta, in debito, ma egli reputa non sia la eccezione opponibile che al prenditore e non al terzo portatore. Questa opinione non è ammessa e non è ammissibile per le cose discorse, e per qualche altro riflesso che si farà prima di chiudere il lungo commento a questo § dell'articolo 196).

(4) Cassazione francese, 12 giugno 1810 (SIREY, tom. X, part. I, pag. 374). Corte di Parigi, 1° dicembre 1831 (*Journal du Palais*, I, 24, pag. 386; NOUGUIER, num. 130; DELVINCOURT, *Institut. du droit commerc. franc.*, pag. 81).

(5) 14 agosto 1850 (SIREY, t. V, part. I, pag. 661). Mi riservo di esaminare più avanti (esponendo l'articolo 198) le conseguenze giuridiche di questa qualificazione.

(6) *Valuta al mio bisogno*, *a mia soddisfazione*, *in contrattando*, ecc.

La dizione — *pagare a M. o al suo ordine la somma di..... che voi avete ricevuta in specie* — fu con ragione trovata irregolare, non significando fuorchè il trattario, non già il traente, avesse ricevuto un valore effettivo.

Digitized by Google

sione; è il prezzo di un immobile? Quel che volete, ma fate grazia di dichiararlo. In quella espressione della legge vi è tutta una teoria; e vi sta a suo agio quella che abbiamo accennata al n° 715, che cioè il valore fornito al traente è bensì la base della legittimità del cambio, ma non è il cambio; è un fatto fuori della operazione del cambio e di un'indole affatto diversa. La legge vuole che i cessionari della lettera, che i magistrati che denno renderne giudizio, siano istrutti dall'atto medesimo, e rilevare se la causa espressa sia giuridica nel senso di sostenere una obbligazione bilaterale e corrispettiva.

Al n° 716 ponendo lo stesso principio, fu proposto un dubbio che non si potè allora risolvere atteso la direzione a cui era avviato il discorso, ed ora ritorna opportuno. In tanta ampiezza e libertà di contrattazione, può ritenersi base legittima di valore *un diritto condizionale o litigioso,* rappresentando o il prezzo dello stesso diritto condizionale, o il prezzo di una transazione?

Sono motivi di dubitare: che i diritti di cui parliamo non sono nè certi, nè liquidi; che si presentano sotto la forma d'idee complesse e di valutazione difficile a chi volesse entrare nell'intimo esame del corrispettivo che vi è stato attribuito; che non sembra credibile che la legge cambiaria si contenti di siffatto genere di valori che sfuggono per così dire all'esame.

A me però codeste osservazioni non farebbero difficoltà. Tutto ciò che può vendersi è valore: anche i diritti eventuali hanno un valore. La definizione di una lite, il compenso di azioni disputabili, ha pure un valore di relazione fra le parti interessate. Se fra me e voi lo abbiamo già liquidato questo valore; se io vi cedo il mio diritto sul legato possibile per fiorini 300, o voi abbandonate i vostri diritti litigiosi per altri 300, perchè questa somma non potrà diventare oggetto di cambio? Voi che ne siete in debito verso di me, vi togliete di procurarmi una lettera di cambio di qui a Trieste, e andate a pagare la somma al vostro banchiere. Ecco una evoluzione molto semplice e un pagamento che a tutta evidenza è sostrato legittimo di una lettera di cambio. Invece il mio debitore è egli stesso un banchiere. E in corrispondenza del valore del suo debito s'incarica della operazione del cambio e di farmi pagare i 300 fiorini a Trieste. Che ci hanno a vedere i terzi? E fra noi più limpida e onesta natura di contratto non potrebbe desiderarsi (1).

725. *La regolarità e perfezione della girata può forse riparare al difetto della enunciazione del valore nel corpo della lettera di cambio,* al difetto cioè della enunciazione di quello che avrebbe dovuto fornirsi al traente?

Si rammenta una decisione della Corte di Tolosa che, male giudicando, ci apprese però le vere dubbiezze che il quesito presenta. L'articolo 110, così ragionava (il nostro art. 196), la Corte, non pronuncia la nullità della lettera di cambio perchè la espressione del valore somministrato non si trovi nel corpo di essa. Rilasciando la lettera senza esprimere il detto valore, il traente è come colui che fa una girata in bianco. Sino a questo punto si ha niente più di un mandato che attribuisce al portatore la sola facoltà di negoziare la lettera per conto del traente o del girante in bianco; come però l'effetto è stato negoziato a un terzo di buona fede che ha somministrato il valore colla dichiarazione relativa del mandatario di averlo ricevuto, il cambio si consuma; è perfetto (2).

Secondo me, l'errore della decisione deriva dall'idea poca esatta che uno si forma della costituzione primitiva dell'atto cambiario. La legge separa del tutto la prima operazione che avviene fra lo scrivente (traente) e il prenditore dai contratti ulteriori che avvengono mediante le gire. Vuol trovare in quel primo momento l'atto perfetto onde abbia poi l'attitudine, la forza, la complessione, si direbbe, atta a percorrere una serie infinita di movimenti, ma senza bisogno di perfezionarsi lunghesso il cammino; poi siccome il cambio *totum est* nella prima operazione chiusa dall'intervento dell'accettante, è chiaro che le cessioni e trasmissioni che ne susseguono, da un lato non sono necessarie ad integrare la operazione del cambio, dall'altro sono rapporti di diritti nuovi, nuovi contratti e distinti dal primo e fondamentale. Non è dunque questione del *corpo* o del *margine* della lettera, come parve alla Corte di Tolosa, nè d'ordine scritturale, ma organica e del maggior interesse finchè durino questi sistemi.

(1) Da questa esposizione si rileva quanto sia diverso promettere il pagamento della cambiale a tempo certo e sotto condizione, il che non è lecito, e il formare del prezzo di valori incerti e dubbi, ma dalle parti apprezzati, il corrispettivo dell'acquisto di una lettera di cambio.

(2) Sentenza del 4 giugno 1825 (SIREY, tom. XXV, part. II, pag. 368; BÉDARRIDE, num. 95).

Digitized by Google

Che havvi di comune colla girata in bianco che implica il trasporto e non mai la formazione della lettera di cambio? La girata è atto pedissequo e non identico; la girata è così distinta dal contratto primordiale, che questo può essere perfetto e imperfetta la girata; se non che la girata non essendo altro che la cessione di un gius preesistente, essa lo trasferisce com'è: *nemo plus juris cedere potest quam ipse habet*. Del resto la teoria si occupa della *girata in bianco* e non del costrutto della lettera, intorno al quale le norme legali sono precise.

Un ultimo riflesso e decisivo. Il prenditore della lettera di cambio, che non ne ha corrisposto il valore, si considera mandatario del traente, lo abbiam detto più volte. Quindi tutto ciò che vien facendo, sia ritirando l'accettazione, sia cedendo la tratta, s'intende per conto e nell'interesse del mandante. Si può forse credere che girando egli la tratta in proprio ed esclusivo vantaggio, perchè si suppone che ne percepisca il valore, potrà con questo suo fatto pregiudicare la posizione del traente? Potrà credersi che imborsare la somma e tenerla per sè, equivalga all'averla egli pagata al traente? Del resto il vizio nel tessuto organico della lettera di cambio, la mancanza del valore somministrato, tutto ciò è reso manifesto dall'atto medesimo, e i terzi non possono chiamarsi ingannati.

VII.

726. *All'ordine di un terzo o del traente medesimo.*

Qual è propriamente la virtù della *clausola all'ordine?*

In tempi non molto remoti le lettere di cambio erano pagabili al portatore o alla persona ivi nominata, nè al loro meccanismo ritenevasi necessaria la clausola all'ordine. Perchè fu introdotta?

Le opinioni degli autori non sono all'unisono. PARDESSUS, nella sua opera sulle Lettere di cambio (nº 89), dicendo che la clausola *pagabile all'ordine* è sostanziale (che da niuno è negato) osservava, che facendo la cambiale semplicemente menzione di colui che ne ha pagata la valuta, non indicando ch'essa è pagabile *all'ordine di lui o dello stesso traente*, il difetto non avrebbe rimedio; una tal lettera non sarebbe che un semplice mandato da non potersi negoziare col mezzo dell'ordine. Come si vede, qui l'autore non risponde precisamente al quesito, quale sia la ragione per cui la *clausola all'ordine* fu ritenuta necessaria dagli artefici di quel meccanismo che si chiama lettera di cambio. L'AZUNI si prevalse di questo brano per derivarne « che la clausola all'ordine è sostanziale alla cambiale *perchè per essa soltanto si trasferisce nel prenditore la proprietà del credito ceduto* (Lettera di cambio, § 27).

Se questo è vero, convien dire che prima che quel motto fosse in uso non si trasferisse giammai la proprietà nell'acquisitore della lettera di cambio, e nei suoi giratari legittimi; chi lo dicesse, sarebbe smentito da tutta la giurisprudenza anteriore e dagli usi del commercio. Sebbene la clausola *all'ordine* fosse già conosciuta ed applicata nella prima metà del secolo scorso, molte cambiali correvano a vecchio stile senza un contrasto al mondo (1).

Sotto l'impero della Ordinanza del 1673 si conoscevano due specie di lettere di cambio, altre a persona determinata ed altre *all'ordine* (2). Non era dunque forma essenziale, o sostanziale che voglia dirsi, *ex natura contractus*, benchè potesse divenirlo per legge positiva, come divenne. Si trovò invece che la clausola era capace d'imprimere una certa elasticità, una forza d'impulsione alla lettera di cambio, e così in generale agli effetti di commercio, quale non poteva avere altrimenti. TOUBEAU diceva in questo proposito: « Ces « mots — *à ordre* — sont d'un grand secours « dans le commerce activement et passive« ment, donnant moyens, en faisant passer de « main en main la lettre de change, de retirer « son argent sans quasi sortir de chez-soi, et de « les acquitter sans mettre la main à la bourse, « par compensation et virements de l'une à « l'autre » (tom. II, tit. XVI, pag. 210).

Fu adunque quella frase una invenzione felice ad agevolare la trasmissione della lettera di cambio, liberando dalle formalità delle cessioni ordinarie, e porgendo i mezzi più semplici per eseguirle. Il movimento della girata che si effettua con pochi tratti di penna sulla stessa carta, si attacca a quella facoltà di circolazione continua impressa nella detta formola (3). Inoltre il commercio ha bisogno di vedere nei titoli, che sono gl'istrumenti della sua attività, le marche, i segni caratteristici

(1) *Traité de Fuleman*, chap. VI, pag. 112.

(2) Ordinanza suddetta, tit. V, art. 18 e 19.

(3) Sull'origine della clausola *all'ordine* può vedersi BONNÈRE, *Examen du régime de la propriété mobilière en France.*

Digitized by Google

che li distinguono. Così dai titoli puramente nominativi, a quelli stilati all'ordine, e finalmente al portatore, vi ha un *crescendo*, mi spiegherò così, non di parole, ma di fatti reali, una ben diversa energia. Quindi la legge ha fatta della clausola *all'ordine* una essenzialità *utilitatis commercii causa* rapporto alle lettere di cambio, per mantenere questo titolo all'altezza della sua funzione e al livello delle responsabilità che vi sono congiunte (1).

La clausola *all'ordine* (non vorrei fare dei giuochi di parole) è la *parola d'ordine* intesa da tutti gli uomini di commercio in tutti i punti del globo ove si tira una cambiale o si scrive un biglietto circolante o si sguinzaglia una lettera di vettura, e si adopera senza variazioni per forza di consuetudine, quantunque non si escludano i surrogati e gli equipollenti (2).

—

727. *All'ordine di un terzo o dello stesso traente.*

Ritengo che la espressione *all'ordine di un terzo* sia posta nell'articolo come antitesi all'altra che sussegue — *e del traente medesimo*. *Terzo* è l'immediato prenditore quanto altra persona nell'interesse della quale il prenditore abbia agito come mandatario. Il *prenditore* è un personaggio che non ha nome nella cambiale e neppure nella tecnica del Codice. La scienza ha bisogno di coglierlo questo personaggio nei rapporti particolari che lo legano verso un committente e nelle responsabilità che gli sono proprie (3); ma il *prenditore* sparisce nella lettera perchè ivi non si enuncia che il proprietario (al cui ordine è tratta), e sarà lo stesso prenditore o un terzo, al comodo del quale il prenditore, come medio, ha preparata la operazione.

Al tempo in cui Casaregi scriveva (nel principio del secolo scorso) era usato in commercio — *d'indossare la lettera di cambio* — e ciò specialmente quando non si aveva molta fede nello *scrivente* (ora traente). Tizio pagando mille scudi a Caio, un commerciante qualunque, in Livorno, perchè li facesse passare a Marsiglia, poneva a condizione del cambio *un indosso*. Caio allora traeva all'ordine di Sempronio che girava la lettera a Tizio, e in tal guisa si costituiva responsabile esso pure verso di lui in qualità di cedente (4). Una bella e buona ragione di quest'uso diede Casaregi, osservando cotale movimento essere una *forma conveniente* in faccia al pubblico di velare una fideiussione che non fa mai bene al credito di un commerciante. Il commercio non ha perduta l'arte di convenienze simili, e ne ha imparate delle altre.

Ho detto che *terzo*, nel significato di questo membro dell'articolo 196, è qualunque persona al cui ordine è tratta la cambiale che non sia lo stesso traente. Essa può presentare qualche girata contemporanea alla sua creazione, e allora il girante non ha ragione di essere se non per maggior sicurezza del vero proprietario della lettera, e nasce una combinazione non dissimile, per l'effetto almeno, da quella avvertita dal Casaregi. Se vi ha di mezzo un mandatario che per servire all'amico lontano ha scelto per lo invio della tratta un banchiere che non è una notabilità in commercio, è probabile che l'amico desideri che il mandatario gli garantisca il buon fine con una girata. Il prenditore-mandatario, deposta la sua prima qualità (di che fa ineluttabile prova la stessa cambiale) assume quella di girante responsabile anche a dispetto di una finzione; avvertenza che non isfuggì all'acume del citato autore (disc. sudd., n[i] 20 e 21). Questo girante, introdotto nell'atto cambiario per tutt'altro fine che per fare del commercio, scriverà *valuta avuta* in specie, o in conto, ecc. Ma una volta che venga a contrasto col giratario e impugni la causa dell'obbligazione, si troverà essere un avallante, e con questa scoperta non avrà poi fatto un gran guadagno (5).

728. Avendo dalla legge e dalla consuetudine la facoltà di trarre *all'ordine proprio* il traente si prepara così, nei suoi rapporti col trattario, dei titoli sui quali potrà calcolare

(1) La clausola S. P. (senza procura) qual valore ha? Azuni osserva che la legge non la prescrive (ed è verissimo), che in Inghilterra non si usa (e neppure agli Stati Uniti e nella maggior parte della Germania). « Io non so, diceva quel pratico eminente, qual effetto legale produrrebbe fra noi l'averla negletta ». A me basta che la legge non la prescriva, e la giudico una specie di pleonasmo. *Senza procura* a me pare valga simbolo di proprietà trasmessa, la piena disponibilità, la esclusione di ogni rapporto di mandatario.

(2) Tali sarebbero — *al portatore legittimo* — *al signor M. e a' suoi aventi causa* — *o aventi diritto* — *a sua disposizione* — *a sua libera disponibilità*, e simili (Pardessus, *Droit commercial*, n° 339; Nouguier, num. 141; Rivière, pag. 281, édition Paris, 1865). Corte di Douai, 21 ottobre 1809 (Sirey, tom. VII, part. II, pag. 981).

(3) Quindi l'esame che ne abbiamo istituito ai num. 717, 718, 719.

(4) L'autore ne tratta nel disc. 31, num. 19.

(5) Vedi maggiore sviluppo al num. 737.

Digitized by Google

mettendoli di poi in circolazione. Creditore di Pietro, trae su lui una lettera di cambio, colla espressione *valuta in me medesimo*, o simile; e significa ch'esso traente ne terrà conto all'accettante pagata che avrà l'accettazione, e gliene dedurrà sul proprio credito il relativo importare (1). Il trattario accetta la lettera; indi il proprietario, che è lo stesso traente, pensa di negoziarla. Posto in tal modo al coperto dal rifiuto del trattario, la sua posizione si semplifica, nè più teme infausti ritorni o protesti per difetto di accettazione.

Ciò potrà fare un banchiere di secondo rango per comodità delle sue future negoziazioni, e sarà un buono espediente anche in qualche combinazione particolare. Un commerciante del paese che vorrebbe realizzare un credito che ha fuori cedendolo ad un banchiere del luogo, temendo un rifiuto, o avendolo anche sofferto per lo sospetto che il suo asserto debitore, residente all'estero, non sia per onorare la tratta di accettazione, comincia dal trarre una cambiale all'ordine proprio, la invia al suo debitore, e questi l'accetta. Si presenta di nuovo al banchiere, e realizza il credito girando a lui la cambiale.

È chiaro che in questo secondo momento soltanto la lettera di cambio acquista la sua perfezione, perchè fin là il traente si trovava nello stato di prima, e nessuna nuova relazione era sorta per attuare un contratto. Coll'*ordine* in favor proprio, quel commerciante che supponiamo creditore ed ebbe in animo di valersi dei suoi crediti pei bisogni del suo commercio, era venuto estrinsecando il suo diritto in titolo, laonde mediante l'accettazione preventiva poteva presentarlo utilmente alla negoziazione (2). In questa modalità cambiaria la girata è il fatto integrante: la girata fa parte della lettera; laddove negli altri casi nei quali la cambiale in ogni parte perfetta viene ceduta, la girata è *un contratto nuovo*, *un contratto distinto*, che deve constare dei caratteri per cui si rende perfetto, ma non si aggiunge ad un contratto imperfetto onde perfezionarlo. Quindi è che nel primo aspetto la girata, se peccante per qualche vizio, non rifluisce però dannosamente sulla operazione già compita; laddove nel secondo la imperfezione della tratta (per la non espressione del valore o per altro) lascia per terra la contrattazione cambiaria che non ha potuto formarsi, e resta una obbligazione se e come possa sussistere secondo le norme comuni. Per tal ragione il corpo della lettera e la girata facendo *un sol tutto*, giusta una felice espressione di PARDESSUS, e completandosi l'una per l'altra, le omissioni della lettera possono supplirsi nella girata, come quelle della girata possono trovare un riparo nella lettera stessa (3).

Un'altra osservazione non meno ponderosa e tutta speciale a questa forma della lettera di cambio.

L'indispensabile estremo della rimessa da piazza a piazza non si misura dal luogo ove la lettera è stata tratta a quello ove dovrà pagarsi (al domicilio del trattario o altrove, come indica l'articolo 259), bensì dal luogo in cui deve seguire il pagamento a quello in cui la girata si è effettuata. La conseguenza sarebbe che se il luogo ove il pagamento deve farsi è diverso, il necessario movimento esiste; se il luogo della girata con quello del pagamento si confonde, vero atto cambiario non c'è.

La ragione è questa. Nel luogo ov'è stata tratta la lettera di cambio nessun pagamento è stato fatto; il traente non fece che mettere in moto il proprio credito e prepararsi un titolo capace di essere realizzato. Il traente ha ricevuto il pagamento, realizzato il valore, là dove ha ceduto il titolo. Se il giratario riscuoterà in luogo diverso, la ragione del cambio sarà soddisfatta, perchè il trasporto materiale o virtuale del valore si sarà verificato (4).

(1) POTHIER ci ha lasciato questa buona formola — *Signor Pietro — Data...... Pagherete a mio ordine, alla scadenza di mesi..... la somma di franchi* 10,000 *valuta in me stesso che vi porrò in conto* (Contratto di cambio, num. 10).

(2) Poco importa se l'accettante sia un cointeressato, un socio, un mallevadore, purchè quella firma, aggiungendosi alla propria, gli abbia procacciato quel credito di cui abbisognava.

(3) È una tesi di molta rilevanza. Portiamo qualche esempio. Se la lettera mancasse della firma del traente, supplisce quella posta nella girata (Cassazione francese, 16 giugno 1846, *Journal du Palais*, 1846, pag. 740). Se ogni espressione di valore fosse trascurata nella lettera, l'accettazione da una parte avrebbe coperto il difetto, e la girata dall'altra esprimendo il valore, compirebbe l'atto. Se la data nella girata mancasse, potrebbe ritenersi sufficiente quella della lettera, presumendosi contemporanea. Se la clausola *all'ordine* non apparisse dalla lettera, non è nullità se si contenga nella girata (Corte di Tolosa del 14 gennaio 1828).

Anche DALLOZ (v° *Effets de commerce*, art. 1, § 7). Due decisioni della Cassazione francese del 23 giugno 1817 e 14 novembre 1821 furono giustamente criticate per soverchio rigore, volendo che tutte e singole le formalità della lettera venissero ripetute nella girata, fosse pure la lettera stessa *all'ordine del traente*.

(4) RIVIÈRE, pag. 286; NOUGUIER, num. 143 (Cas-

Digitized by Google

VIII.

729. *Enunciazioni facoltative.*

a) Più esemplari della lettera di cambio.

La lettera di cambio può contenere delle forme facoltative o accidentali che sono vere convenzioni le quali modificano più o meno gli effetti giuridici del cambio, senz'alterarne la sostanza, nè avevano mestieri di essere memorate in una legge, supposto che fossero abbastanza intese nelle compendiose loro formole, come difatti lo sono in forza della consuetudine.

Di una di queste volle occuparsi la legge francese, e la nostra per conseguenza come imitatrice fedele, cioè della *pluralità degli esemplari* della lettera di cambio.

Non si nega però che la disposizione non abbia una certa importanza (di che si potrà qualcuno meglio convincere dopo essersene formata un'idea chiara), specialmente se pongasi mente a quello: che tutti gli esemplari devono essere *dello stesso tenore*, non volendosi intorno a ciò permettere discordanze ed arbitrii, e perciò la parola della legge può credersi non inutilmente spesa (1).

L'uso delle lettere di cambio in più esemplari è antico. Molti dei nostri vecchi scrittori ne parlano. Il TURRE, *De cambiis*, n'esprime il motivo. « Multiplicatio hæc literarum est « admodum utilis et fere necessaria, cum enim « transmittuntur per stipulatorem si casu ali« quo perirent, vel si ille cui transmittun« tur, eas non servaret, remaneret stipulator « absque ulla probatione sui crediti, et ideo « unis transmissis ad effectum perfectionis « cambii, reliquas penes se retinet in subsi« dium probandæ veritatis » (2).

Qualche altra comodità vi si aggiunge. Talvolta essendo la lettera di cambio consegnata al prenditore per procurarne l'accettazione, ritardando, come suole, il ritorno, specialmente se l'accettazione deve farsi all'estero, preme il bisogno di negoziarla. Il duplicato ripara a tale inconveniente.

Ancora. Dovendo la lettera attraversare grandi spazi di mare, può sciuparsi, trafugarsi; il duplicato supplisce sempre.

Il traente non ha interesse in tutto questo: l'interesse è del prenditore e rimettente. Egli deve provvedere al traente il materiale, la carta, il registro o bollo se occorre. La loro uniformità è tecnica, indispensabile. A rigor di termini sono tanti originali. Non solamente hanno ad essere del tutto eguali, ma contenere tutte le firme autografe (3). Si fanno anche copie ad agevolare la circolazione, nell'uso precipuo dei giranti. Le copie devono ennunciarsi tali (4); portano letteralmente trascritta la lettera con tutte le girate, e in fine dichiarano che *l'originale si trova presso il sig. N.* Il girante invia originale e copia al suo cessionario che negozia sulla copia, mentre si aspetta l'accettazione.

Il traente dev'esser cauto di dichiarare *nella seconda* ch'egli commette al trattario di pagare la lettera, *purchè non sia stata precedentemente pagata sulla presentazione della prima* (5). Ma ciò che più rileva è l'indicazione del numero che indica la pluralità degli originali. Se il traente mancasse al dovere d'indicarlo, e il trattario cadesse perciò in inganno, il traente dovrebbe risarcirgli il danno dalla sua negligenza cagionato (6).

Ma lasciando degli originali che è da credersi non saranno spesi fuorchè per necessità mancando per qualche causa il primo esemplare, e fermandoci un momento *sulle copie*, l'uso in commercio di negoziare sulle copie è constatato da una decisione rimarchevole della quale non trascrivo che poche parole che possono valere una teoria senza occuparmi della

---

sazione francese, 6 gennaio 1836). Parigi, 1° aprile 1841, 27 ottobre detto, 8 marzo 1842, 12 luglio 1843. Tolosa, 6 marzo 1830, 20 giugno 1835. Montpellier, 19 marzo 1836, 15 novembre 1839. Nimes, 15 marzo 1843.

Una decisione della Cassazione francese del 2 agosto 1853 sembra ammettere che una lettera tratta da un luogo sur un altro all'ordine del traente, poi girata nel luogo ov'è pagabile, è una vera lettera di cambio, *tostochè il traente al cui profitto viene negoziata, ha fornito il valore in luogo diverso* RIVIÈRE censura a buon diritto una simile soluzione. Un nuovo sistema potrà bene liberare il commercio da tali strette, ma finchè dura il culto del sistema presente, non è lecito vagare nel gius costituendo.

(1) Quantunque la scienza avesse ferma la massima *della uniformità degli esemplari* (FRANCK, *Instit. tot. camb*, lib. I, tit. III, sect. II, § 4; PHOONSEN, *Des lois et coutumes de change*, chap. V, §§ 15 e 40, c. XXII, per tot.; POTHIER, *Du contrat de change*, ecc.

(2) Disput. 2, quest. 2, § 3. CLEIRAC, TRENCHANT, SCACCIA, FULBMAN, POTHIER, e tanti altri anche più antichi, ne discorrono e danno lo stesso motivo.

(3) Le RR. Costituzioni di Piemonte, lib. II, c. VII, § 17, contenevano lo stesso precetto.

(4) *Copia della sola*, ovvero della 2a, 3a, ecc., *lettera di cambio*.

(5) HEINECCIUS, *Elem. jur. cambil*, chap. IV, § 10; RICHARD, *Traité général du commerce*, chap. *Du lettre de change*, § 110.

(6) BALDASSERONI, pag. 126.

Digitized by Google

specialità dell'applicazione che se ne fece in quel caso. « Considérant en droit, que *l'usage « des copies des lettres de change est constant « sur la plupart des places de commerce*, et « que bien que cet usage ne soit pas consacré « par la loi, il n'est cependant pas prohibé « par elle, et doit être conséquemment main- « tenu, pourvu qu'il soit accompagné des pré- « cautions convenables pour ne pas être pré- « judiciable au commerce. — Considérant que « le but principal d'une copie de lettre de « change est de pouvoir négocier cette copie « en l'absence de l'original, tandis que cet « original est envoyé à l'acceptation par le « créateur de la copie; que celui qui crée la « copie et la met en émission atteste qu'il « possède l'original, s'interdit de le négocier, « et *promet par cela même de le représenter à « celui qui rapportera la copie et en sera pro- « priétaire par valable endossement...* » (Corte di Parigi, del 14 gennaio 1830). Queste ultime parole danno la spiegazione del mistero, e mostrano che non v'ha in ciò nè imprudenza, nè azzardo.

La indicazione del numero degli esemplari è dell'ordine dell'*enunciazione facoltativa*, non essendo una necessità della forma cambiaria; ma qual grado di forza vorrà attribuirsi alla locuzione — *esprime se è per prima, seconda, ecc.?* La lettera di cambio è forse nulla? Ciò non può ritenersi; la stessa dizione, non imperativa, appalesa il suggerimento di una buona regola anzichè una ingiunzione di rigore; ma s'intende che se nol fai, sarai esposto a terribili conseguenze. Ne abbiamo dato qualche cenno di sopra. Essendo utile avvertimento sì al trattario che a quelli che si presteranno a negoziare la cambiale, il traente potrà esser chiamato responsabile di quelle delusioni che la sua negligenza avrà prodotte.

Ma queste varie osservazioni desiderano qualche altro sviluppo. Ove avvenga che i moltiplici esemplari di unica lettera di cambio siano girati a più persone, il diritto di prevalenza (diritto reale si direbbe per esigere la somma espressa nella lettera), appartiene al primo giratario. Gli ulteriori cessionari si volgerebbero contro il cedente qualora fossero in buona fede, non fossero cioè stati avvertiti della posizione in cui si trovavano. Se il cedente non avesse fatto che una manovra fraudolenta, si guadagnerebbe la pena del truffatore o stellionatario (1). Se il cedente avesse da ciascuno dei giratari riscosso il prezzo, mi pare che la sua difesa sarebbe molto difficile.

La saggia cautela scritta nella legge se non previene ogni pericolo nascente da moltiplici negoziazioni, ha almeno in vista che senza di essa i partiti ingannevoli e gli attriti sariano inevitabili. Quando la lettera porta in fronte il suo numero e non è la prima, ha dato già un avviso al cessionario; egli, se è uomo prudente, si farà rimettere la prima. Il trattario è nel maggior rischio. S'egli riveste più originali della propria accettazione, trapassando questi in mano di terzi di buona fede, potrà esser costretto a pagare due o tre volte lo stesso valore. Noi abbiamo disposizioni opportune agli art. 232, 233, nelle quali si riflette ampiamente quella di cui parliamo. Se trattasi di smarrimento o perdita della lettera, sono provvide istituzioni gli art. 238 e 239. Qui non occorre a noi altro discorso, bastandoci di mettere in chiaro la bontà di questo ordinamento.

A ogni modo, per parte del traente, egli è in piena tranquillità qualvolta dichiari che il secondo originale non sarà pagato se non nel caso che il primo non lo sia già stato. In questo caso i terzi pure sono diffidati, e non possono allegare buona fede (2).

Riassumendo: la moltiplicità degli *originali* di unica cambiale è una cautela contro le perdite e gli smarrimenti (3). — Questa medesima moltiplicità può far confusione, quindi i numeri d'ordine adoperati in pratica e suggeriti dalla previdenza del legislatore. — È certo un inconveniente che i vari originali si offrano in massa alla circolazione, ma il loro ordine numerale sarà garanzia agli accorti. — Anche le copie possono negoziarsi subordinatamente alla consegna dell'originale (4). — Dipende dal trattario il determinare colla sua accettazione fra gli atti vaganti quello che avrà l'onore del pagamento.

Sul quale proposito si aggiunge che, prima dell'accettazione, l'ordine numerico non attribuisce una preferenza accertata. Mancando l'accettazione, chi arriva primo col suo originale nel dì della scadenza, è pagato, cosa in-

(1) La Regia Costituzione del Piemonte del 30 aprile 1770, § 18, prevedeva appuntino questa combinazione. Una luminosa conferma di quel principio presta oggidì l'articolo 1538 del Codice civile.

(2) Cass. franc., 4 aprile 1832 (BÉDARRIDE, n. 108).

(3) Utilissima ancora contro le falsità e contraffazioni.

(4) Deve scriversi al sommo della carta o in modo ostensibile: *Copia*.

Digitized by Google

differente al trattario, che sa di non aver pagato altra volta (Bédarride, n° 108). Ma se ci fosse la folla; se due o tre creditori, ciascuno colla sua carta in mano, si presentassero allo scrittoio del trattario? Allora io credo che il numero d'ordine sia per reclamare la sua naturale efficacia; all'anteriorità numerica si attacca una presunzione di trasmissione anteriore.

Se la lettera è accettata, il trattario non paga che su quell'esemplare che porta la sua accettazione (Cassazione franc., 4 aprile 1832). È però da osservarsi che, effettuandosi la circolazione per seconda, terza o quarta, l'originale accettato suol rimanere in deposito. Fra i vari portatori colui che arriva il primo coll'originale (non accettato ma girato in lui) ferma la posta e ritira l'originale accettato, consegnandolo al trattario.

730. Chi si è momentaneamente privato della lettera originale per inviarla all'accettazione, può emettere delle copie onde provvedere ai bisogni del proprio commercio che non tollerano sospensioni più o meno lunghe. Questo è il motivo diretto per cui si fanno le copie che sono pur esse negoziabili in aspettazione del ritorno dell'originale accettato (1). Talvolta il cedente che non ha in ciò interesse, rilascia la copia come farebbe un secondo originale, per istanza e per l'interesse del giratario, e nello stesso tempo gli consegna l'originale.

Avvenne un caso che a suo tempo fece impressione nel fòro parigino. La casa *T.* aveva rimesso ad un giratario *D.* una lettera di cambio originale su Londra colla girata, dichiarando in qual luogo dovrebbe restare l'originale. Il consegnatario di tanta confidenza abusò. Negoziò la copia ai signori *C. C.*, fingendo che l'originale fosse stato trasmesso a Londra per l'accettazione. Negoziò pure l'originale, e quando i giratari della copia si presentarono per ritirare l'originale accettato, intesero che la lettera di cambio era stata pagata al giratario rispettivo. Il Tribunale di commercio di Parigi (2) non trovò riprensibile la condotta del giratario dell'originale, che non era neppure in causa. I signori *C. C.*, giratari della copia, avevano rivolte le loro azioni contro la ditta *T.*, che fu mandata assolta dal Tribunale.

La sostanza dei motivi della sentenza si restringe in questo: che i sigg. *C. C.* erano bastantemente avvertiti dalla qualità del documento ch'essi acquistavano onde sapessero che dietro di esso doveva esservi l'originale; a loro incombeva di assicurarsi della esistenza e buona custodia del detto originale, e così la sentenza ritenne essere i signori *C. C.* imputabili d'imprudenza e di negligenza, e perciò non avere diritto di farsi indennizzare dalla ditta *T.*

Questa decisione è censurata da Persil che la riporta intera (3); ed io confesso umilmente di non comprendere la forza della obbiezione che tenderebbe, se non erro, a mostrare che la ditta *T.* era responsabile giuridicamente verso i cessionari di colui al quale il primo cessionario aveva negoziata la copia: responsabile, dissi, di far trovare l'originale nel luogo indicato. « L'auteur de la copie, lo dirò colle « parole stesse di Persil, est responsable de « la infidélité de celui auquel il l'a remise, s'il « arrive que ce dernier négocie l'original à « une personne et la copie à une autre » (4).

Questa opinione di Persil è forse sostenuta dall'autorità da lui invocata del Dalloz? Io proprio ne dubito. Dice Dalloz: quando l'originale di una lettera di cambio è girato e consegnato al cessionario, diritto di sorta non rimane al cedente; la copia avendo per oggetto di obbligarlo a far rimettere l'originale a colui al quale viene rilasciata, come potrebbe il cedente obbligarsi a consegnare l'originale che più non possiede; e come il cessionario potrebbe acquistare una seconda volta ciò che già possiede? (cioè l'originale) (5).

La ditta *T.* cedente e consegnante originale e copia, non poteva quindi obbligarsi a consegnare un'altra volta l'originale: questo parmi tutto il costrutto che poteva dedursi dalla rispettabile autorità del Dalloz.

Pare adunque che Persil dovesse cominciare dalla confutazione dello stesso Dalloz. Tutto il suo discorso, stemperato in molte parole, non lascia rilevare altro concetto se non quello di mancare ogni rapporto di analogia

(1) Horson, quest. 53, t. I, pag. 185; Vincens, tom. II, pag. 280.

(2) Sentenza del 30 agosto 1838. Non pare che la causa fosse portata in appello.

(3) Edizione belgica del 1838, pag. 40.

(4) La ragione? « La copie est un titre *par lequelle le premier endosseur s'oblige encore par cette copie envers eux* (i prenditori) *à faire trouver l'original à leur disposition dans le lieu que désigne la copie* ». Mi pare di vedere dell'equivoco. Se il fatto fosse come lo pone qui Persil, la conclusione sarebbe logica; ma nel caso che vediamo nel testo, il cedente si spogliava persino dell'originale.

(5) Ho tradotto letteralmente il passo di Dalloz. Vedi Persil, alla pag. suddetta.

Digitized by Google

fra gli originali primo, secondo, ecc., e le copie. Ciò è vero se si consideri l'indole e la ragione di codesti atti (1), ma non è men giusto quanto il Tribunale di commercio osservò, nel punto di vista della posizione in cui trovavasi la ditta *T.* in faccia al suo cessionario. Disse benissimo il DALLOZ che reliquia alcuna del contratto non rimaneva nel cedente che consegnava l'originale (vero e principale obbligo suo), e a comodo del cessionario rilasciava anche una copia, dichiarandola tale. Secondo me il Tribunale diede assai retto giudizio, e forse per questo la sentenza fu rispettata dai soccombenti.

731 *b) Del bisogno.*

Suolsi in circostanze particolari (l'uso dicono non più antico del secolo XVII) indicare nella lettera di cambio che in difetto di pagamento per parte del trattario, il portatore potrà dirigersi ad altra persona dello stesso luogo, a domicilio precisato, ove si troveranno fondi predisposti al soddisfacimento della tratta. Questo pagatore sussidiario chiamano i francesi *recommandataire*, noi *bisognatario*.

Per quanto si voglia delicata la suscettibilità del traente, è un procedimento che non lede; talvolta però getta un'ombra sulla riputazione del trattario. Il primo non fa che accrescere le garanzie del portatore, e le garanzie sogliono richiedersi e prestarsi quando non si ha una opinione perfetta del pagatore. Ma vi può esser un'altra ragione. Il trattario contesta il debito; non ha accettata la tratta; o l'ha accettata sotto condizioni. Egli si crede nel suo diritto: pare però dall'ultima sua corrispondenza ch'egli farà onore alla tratta con qualche riserva; in tale incertezza si destina un *bisognatario* sicuro, e la questione è finita tostochè il prenditore abbia ritirato dallo stesso bisognatario la promessa relativa (2).

L'interesse è reciproco. Preme al traente che la sua tratta abbia onore; preme al consegnatario la sicurezza del pagamento. Non adottata la previdente cautela nel primo contratto, la convenienza può presentarsene nei successivi. Ciò che in principio si tenne sicuro, può avere col tempo subito mutazione. Nacquero questioni coll'accettante, ovvero la situazione economica dell'accettante è venuta in qualche scadimento. L'interesse del girante, o quello del giratario, o di amendue insieme, consiglia la indicazione di un bisognatario, ed essi ne convengono apponendola nella girata. Può esser messa in dubbio questa lor facoltà? Sì, quando si osservino le variazioni della giurisprudenza (3). No, se s'interroghi la ragione. La dottrina è anche fortemente pronunciata in questo senso; nè mancano responsi di tribunali (4). Rapporto al giratario, è da considerarsi un diritto positivo. Egli più di ogni altro può esser buon giudice della situazione. Se la riputazione dell'accettante è scossa, o non è ben chiaro della sua lealtà, giova a sè ed all'acquirente mettendosi al coperto da ogni pericolo di protesto. Il traente non ne risponde, siamo d'accordo, anzi se ne vantaggia; è difficile comprendere come essendo il fatto utile a molti, dannoso a nessuno, possa trovare degli ostacoli nella legge.

732 *c) Ritorno senza spese.*

Questa clausula ha per fine di ovviare al protesto e di obbligare il portatore ad un ritorno pacifico verso il traente o girante per essere rimborsato (5). E non solo la clausola dispensa dal protesto, ma eziandio dagli atti che per legge devono farsi contro i coobbligati principali prima di arrivare al traente (articolo 256) (6). Ma spogliata della sua naturale efficacia, sbalzata per dir così fuori della sua cerchia organica, la lettera di cambio non s'impropria per avventura, non cangia carattere? È ciò che vedremo discorrendo l'ar-

(1) Crediamo di averlo mostrato al num. preced.

(2) Certamente il prenditore non è tenuto di ritirare l'accettazione del bisognatario, e il traente dovrebbe sempre rispondere della non accettazione; ma è nell'interesse della sua tranquillità e buon fondamento per le trasmissioni ulteriori.

(3) Autorità contrarie. Cassazione francese del 21 marzo 1829 (SIREY, vol. XXIX, part. I, pag. 169). La stessa, 5 marzo 1834 (SIREY, vol. XXXIV, part. I, pag. 220), e nel 20 luglio 1850 (SIREY, vol. L, p. I, pag. 665). Corte di Parigi, 19 marzo 1841 (SIREY, vol. XLI, part. II, pag. 511). La stessa, nel 17 febbraio 1837 (SIREY, vol. XXXVII, part. II, pag. 152); BIOCHE e GOUJET, *Dictionnaire*, v° *Effets de commerce*, tom. II, num. 405.

(4) THIERCKLIN, all'articolo 115 del Codice di commercio, nota 7; VINCENS, tom. II, pag. 300; HORSON, quest. 116, tom. II, pag. 151; FRÉMERY, chap. XXIV, pag. 151; PERSIL, all'art. 173; NOUGUIER, n° 185; DALLOZ, n° 151; GOUJET e MERGER, *Dictionnaire du droit commercial*, v° *Protest*, tom. XVIII, num. 214; Tribunale di commercio d'Havre, 12 maggio 1829; di Parigi, 17 novembre 1836 (SIREY, vol. XXXVII, part. II, pag. 95); Cassazione francese, 5 giugno 1839 (*Journal du Palais*, part. II, pag. 419).

(5) Cassazione francese, 8 aprile 1834; Parigi, 23 gennaio 1855; Agen, 9 febbraio 1838 (RIVIÈRE, pag. 290.

(6) Cassazione francese, 1 dicembre 1841 (idem. pag. suddetta.

Digitized by Google

ticolo 261, intorno al quale abbiamo delle gravi considerazioni a fare.

733 *d*) *Senza garanzia.*

È una convenzione come un'altra; modifica le obbligazioni della garanzia che ricadono sul traente e sui giranti, se alla scadenza vi ha difetto di pagamento per parte del trattario. Apposta dal traente pel proprio interesse, la clausola non approda ai giranti successivi; ma essi possono ripeterla o aggiungerla per conto proprio.

Ma qual estensione di effetti giuridici avrà la clausola *senza garanzia?* A niuno è lecito esimersi dalla garanzia del proprio fatto ingiusto (art. 1485 del Codice civile); il traente, il vero autore della lettera di cambio, ha per obbligo suo principalissimo *provvedere i fondi*, ossia preparare ai suoi aventi causa una posizione fondata, non chimera, non illusoria. Non vi è patto che possa assolverlo da questo dovere. Ma fatta anche la provvista, e regolarmente agendo di ritorno gli acquisitori non pagati dal trattario, il traente non è liberato dalle loro azioni; ciò è elementare. Il patto di *non garanzia* lo salverebbe da ulteriori persecuzioni, provando che quanto a lui fece il debito suo.

In questi termini io pongo la teoria perchè ritengo non potersi andare più oltre (1). Non dissimulo però che una certa maggior latitudine, al primo aspetto almeno, sembra esservi concessa nella dottrina. La questione ha troppo interesse e troppo frequente applicazione perchè non si abbia a spendervi qualche parola.

La convenzione è lecita, nessun dubbio; risultante dalla lettera di cambio (2), in vista di tutti coloro che vengono successivamente associandosi alla operazione, è conosciuta ed obbligatoria. La convenzione, per quanto vale, deve rispettarsi. La Cassazione francese nella sua sentenza dell'11 maggio 1849, riferita testualmente da Nouguier (nº 195), consacra questi principii, ma non si occupa del *limite* o della portata, che voglia dirsi, della clausola *senza garanzia*. Vero è che in quella specie trattavasi del girante e della clausola apposta alla girata, intorno alla quale abbiamo una disposizione espressa nell'art. 225, che non ci dispenserà da qualche riflesso, che ora sarebbe fuori di posto.

È la posizione del traente e non dei giranti che vogliamo qui un poco esaminare, essendo messa come in disparte da chi ha scritto su questo argomento.

Il traente crea la lettera di cambio, e non solo dà il primo impulso alla macchina, specie di locomotiva indispensabile, ma è altresì l'autore della macchina alla quale deve fornire l'alimento e la solidità necessaria onde possa operare secondo il proprio fine. Le cessioni che ne susseguono sono fatti accidentali che non riguardano fuorchè il mutamento delle persone: ma ogni cessione efficace suppone un diritto perfettamente costituito, materia della cessione. Si comprende che i cessionari, l'uno rispetto all'altro, possono stipulare delle convenzioni limitative della loro responsabilità, poichè ciò non interessa il fondamento cambiario. Il cedente o girante non fa che trasmettere l'effetto commerciale ch'egli non ha formato, e come lo ha ricevuto, e il fatto suo non rifluisce sulla legittimità della costituzione primordiale. Ora supponiamo una lettera di cambio colla clausola appostavi dal traente *senza garanzia.*

Ci converrà una distinzione. Il prenditore, quegli al cui ordine è tratta la cambiale, ha pagato o non ha pagato l'importo. Se non ha pagato manca di azione verso il traente. È inutile allora disputare se la clausola abbia degli effetti limitati. Il traente non dovrebbe rispondere del mal esito della cambiale neppure se la clausola fosse stata omessa (3). Il quesito non è serio se non nell'altro caso: che il prenditore, o quegli a cui ordine venne tratta la lettera di cambio, ne abbia fornito il valore al traente. Malgrado ciò, egli si è contentato di riceverla con quella tara; bisogna supporre non l'abbia fatto a caso ma per qualche ragione intesa fra loro: e cosa cederà egli al

(1) Rivière, sempre misurato nel conciso suo linguaggio, professa lo stesso principio (p. 290 in fine).

(2) Altro sarebbe se la convenzione non vi apparisse, benchè intesa fra alcuni dei contraenti in un dato rapporto nato fra loro nella formazione o circolazione della lettera di cambio. Ne parlerò un po' più avanti.

(3) Ciò deve interpretarsi discretamente, e per fuggire equivoci, ripeteremo in nota che non havvi lettera di cambio vera e propria se non esprima il valore ricevuto dal traente: se il traente non l'ha ricevuto in realtà, benchè il contrario risulti dal documento, egli è responsabile verso i terzi ai quali non può opporre la simulazione di cui si è fatto complice, ma respinge il prenditore o si difende colla compensazione. Rapporto adunque al prenditore che non potrebbe agire contro di lui, la clausola *senza garanzia* diventa un superfluo. Ma per la ragione di essere obbligato verso i terzi in forza della sua dichiarazione specifica del valore ricevuto, la clausola gli sarà opportuno argomento per limitare le azioni dei terzi medesimi.

Digitized by Google

suo giratario? La stessa carta. E così di seguito; ognuno è diffidato; ognuno conosce sino dove potranno arrivare le sue azioni d'indennità qualora il trattario faccia difetto.

Ho detto di sopra che la clausola non approda ai giranti, ed è cosa evidente sì per averla a favor proprio stipulata il traente e non per altri, sì per esser la posizione del traente e dei giranti tanto diversa da potersi, per modo di dire, dipingere al rovescio. Il traente si obbliga a fare il pagamento in un luogo qualunque mediante un suo proprio organo; o anche senz'organo, con mezzi suoi propri e coll'impiego dei proprii fondi che si trova possedere altrove. Il girante invece è in primo luogo un proprietario dell'effetto, che in tale qualità non dee fare ma ricevere il pagamento, e cedendolo, pone altra persona in luogo suo. Nella qualità poi di girante che ritrae il prezzo della cessione, è obbligato personalmente a guarentire la solvibilità dei debitori ceduti. E come potrebbe giovarsi della stipulazione del traente? Egli non può coprirsi dalla garanzia che stipulando la stessa clausola verso il suo cessionario.

Pertanto il traente non stipula che per se stesso, imperocchè egli occupa una posizione che si direbbe solitaria e divisa dalla sorte dei cessionari; altro è rapporto ai cessionari medesimi. Tosto che il primo cedente gira la cambiale *senza garanzia*, i giranti successivi non hanno bisogno di ripeterla; la girata pura e semplice s'intende contenere la stessa clausola, presumendosi ceduto quel diritto che si ha, e non volersi promettere più di quello che noi possiamo conseguire dal nostro cedente rispettivo.

Ma un'altra e somma differenza divide nettamente le parti. A ben guardare, la clausola *senza garanzia* che è lecito stipulare, concerne la *solvibilità* del debitore, non *la realtà del credito*. Perciò, dicendo noi che, accettata la clausola dal cessionario, il cedente non è più tenuto a rispondere dell'esito, noi vogliam dire che il cedente non rimane garante *della solvibilità* di quei due primari debitori della lettera di cambio, l'accettante ed il traente. Ma per ciò che appartiene *alla realtà* è ben altra cosa.

La garanzia della realtà e sussistenza del credito è inerente e connaturale alla vendita del nome (1). Nondimeno una convenzione contraria, secondo il testo romano, non era senza effetto. I moderni hanno accettata questa nobile tradizione, ed in omaggio del principio morale che vi è racchiuso, hanno fatto prova di maggiore severità. « Quello che cede un « credito o altro diritto, dice l'articolo 1542 « del nostro Codice civile, *deve* guarentirne la « sussistenza al tempo della *cessione, quantunque questa si faccia senza garanzia* » (2).

Il traente che vende un credito immaginario perchè il trattario non è suo debitore, e non essendo perciò obbligato di assumere la tratta può con diritto rifiutarsi, non è in condizione diversa di colui che cede un credito senza realtà e insussistente: il traente deve *præstare debitorem esse* o *fore* il trattario, onde si compia la triade che perfeziona la lettera di cambio; altrimenti egli è tenuto inesorabilmente a indennizzare il prenditore o colui al cui ordine la trasse. La stipulazione di *non garanzia* è insufficiente ad esonerarlo da questo dovere, liberandolo però dalla responsabilità *locupletem esse debitorem*, che è annessa alla speciale natura della lettera di cambio.

E così parmi aver posto in sodo che *il traente che non ha fatta la provvista*, e non è soccorso dall'accettazione volontaria del trattario, non è protetto da quella clausola.

734 c) *Lettera d'avviso.*

Rilasciata la lettera di cambio, il traente avvisa il trattario dell'incarico che gli ha dato affinchè si prepari a soddisfarlo (3). È un atto di convenienza e di buona cautela, o altresì una vera obbligazione del traente?

Trovo che questa massima era tenuta ferma nell'opinione di quei dotti che scrissero del cambio nei tempi passati. Secondo essi, il trattario era in pieno diritto di ricusarsi all'accettazione, e tutto il peso delle conseguenze ricadeva sul traente (4). Era però generalmente convenuto che la *lettera d'avviso* non era titolo

(1) « Si nomen sit distractum, Celsus scribit locupletem debitorem non esse præstandum; *debitorem autem eum esse præstari*; nisi aliud convenit » (Leg. 4 Dig. de hæred. vel actione vend.).

(2) Eccettochè la cessione non sia fatta come di cosa aleatoria, e il cessionario venga lealmente istruito dal cedente della incertezza del credito (TROPLONG, *De la Vente*, num. 956). Questo non è mai il caso di un traente che forma e mette in circolazione una lettera di cambio.

(3) « Literæ advisoriæ, quas et spachium (spaccio) vocant campsores Itali (i maestri della cambiale) sunt literæ quibus certior fit acceptans cambium esse a se tassatum et quomodo sibi sit satisfaciendum » (HEINECCIUS, *Elem. juris camb.*, c. IV, § 15.

(4) FRANCK, *Institut. jur. camb.*, lib. I, tit. VII, sect. 2, § 2 e 3; HEINECCIUS, STRYCHIUS, disput. 18, cap. III, t. VII, § 31; RICHARD, *De commerce*, ch. *Des changes*, pag. 130; SAVARY, lib. III, chap. 10; BALDASSERONI, part. I, ann. XXI.

Digitized by Google

nè per obbligare il trattario ad assumere il pagamento senza la presentazione della vera lettera di cambio nè al prenditore per negoziarla. Ed essendo generalizzata l'usanza dell'avviso, il trattario era minacciato di dover sopportare, senza ristoro sul traente, i danni nei quali incorresse per aver fatto onore ad una falsa lettera di cambio.

L'utilità di tal metodo è manifesta. Ma continuiamo noi a credere ch'esso sia davvero necessario a tenersi? Risponde affermativamente NOUGUIER: « Le défaut d'avvertissement autoriserait le tiré à refuser son acceptation, « même lorsque il serait débiteur, et pourrait « aussi occasioner au tireur des frais de protêt « et de change » (nº 198).

Ma corre un altro uso che parrebbe indebolire codesta conclusione, l'uso di dichiarare nella lettera di cambio *con avviso* o *sens'avviso* (1). Nel primo caso il trattario deve assolutamente astenersi prima di aver ricevuto l'avviso. Nel secondo la cosa è meno evidente. Il pericolo temuto è la falsificazione della tratta. E quel *sens'avviso* potreb'esser falsificato come tutto il resto (2).

La legge è muta intorno a ciò, e basta perchè la lettera d'avviso non abbia à ritenersi obbligatoria (3). La legge si occupa piuttosto di regolare i fatti contro i quali spinge l'interesse individuale a danno del generale, che quelli i quali, essendo utili per se stessi, vanno di buon portante sul declivio dell'interesse. Ci vorrebbe altro! Se la tratta ha un'importanza relativa, se il prenditore non è molto conosciuto, se il trattario non è dei più forti, non vi è casa di commercio che trascuri simile cautela. Le circostanze di fatto, anzichè le teoriche preventive, faranno sentire al buon criterio dei giudici se il trattario abbia commesso o no una imprudenza della quale abbia a tenersi responsabile verso il traente.

IX.

735. *Soscrizione del traente.*

Questo disposto riempie un vuoto delle legislazioni anteriori. La dottrina aveva supplito; la soscrizione del traente si riteneva essenziale, tanto essenziale che la legge non ebbe neppur bisogno di farne una ingiunzione espressa. Non solo mancherebbe la lettera di cambio, ma ogni idea di contratto (4).

Articolo 197.

La lettera di cambio può essere tratta sopra una persona e pagabile presso un'altra.

Può essere tratta per ordine e per conto di un terzo.

Il traente può trarre la cambiale sopra se stesso.

736. *Lettera di cambio a domicilio o domiciliata. Obblighi nel traente. Diritti ed obblighi del trattario che cangiasse nell'atto dell'accettazione il domicilio indicato dal traente.*

737. *Lettera di cambio tratta per ordine e per conto di un terzo. Si esplica la nozione e la sua ragione di essere. Rinvio pel resto della discussione.*

738. *Il traente può trarre la cambiale sopra se stesso.*
Esame del tema nell'aspetto teorico ed astratto. Opinioni che negano a questa combinazione la potenza di costituire una lettera di cambio.

739. *Delle dottrine che tendono ad una conclusione diversa.*

740. *Considerazioni dell'autore che dimostrano la compatibilità razionale di questa forma col sistema cambiario; equivoco su cui riposa la questione; applicazioni pratiche.*

---

736. Si chiamano *lettere a domicilio* o *domiciliate* quelle che *tratte sopra una persona sono pagabili presso un'altra*. La varietà dei luoghi ove si può pagare una somma aggiunge

(1) *Come dalla mia d'avviso — senz'altro avviso.*

(2) WAGNER consiglia i commercianti d'intendersi col loro corrispondenti, che ogni cambiale che sarà tratta dall'uno sull'altro porti il proprio numero progressivo, e che del numero progressivo sarà fatta menzione nella lettera d'avviso.

(3) CATTANEO, sulla Legge di cambio austriaca, num. 129, che cita WAGNER, tom. I, pag. 132, e ZAMBELLI, tom. III, pag. 124.

(4) RIVIERE, p. 288, num. 9; BÉDARRIDE, n. 42.

Digitized by Google

comodità ai pagamenti, animazione e moto al commercio. Anche un altro vantaggio, di carattere più speciale, è stato avvertito. Un commerciante può trarre senza pericolo di cadere nelle secche *della obbligazione semplice* sopra un altro commerciante dello stesso suo paese; lo scopo della legge cambiaria è soddisfatto tostochè il danaro ha viaggiato dal domicilio reale del trattario al domicilio convenzionale del pagamento (1).

Come si è avuto occasione di notare altra volta (nº 714), il domicilio naturale della lettera di cambio è quello dell'accettante; quindi se vuolsi in altro luogo il pagamento, deve enunciarsi chiaramente e precisamente nella lettera (art. 210). È in prima un comodo del traente; può esserlo eziandio del rimettente per conseguenza di un accordo intervenuto fra loro. Il traente assume l'obbligo di far pervenire i fondi nel luogo destinato prima della scadenza. Se il trattario intende variarlo, lo esprime nell'atto dell'accettazione.

Questa variazione può produrre degli equivoci funesti, e vuol essere considerata. Non dovrebbe l'accettante darne avviso al traente acciocchè, ignorando il cambiamento, non rimetta i fondi al domicilio da lui stesso indicato, ed avvenga che i fondi si trovino presso un terzo senza pagatore, o il pagatore si trovi senza i fondi?

Vero è che il portatore conosce dal modo dell'accettazione la direzione che deve prendere; vero è ancora che essendo l'accettazione pura e semplice (2), il portatore ha sempre per suo obbligatario diretto il medesimo accettante (articolo 208), ma soddisfatto che questi abbia, per onore della sua accettazione, il debito, verranno le querele fra lui ed il traente.

E quest'ultimo sarà dal lato della ragione qualora comprovi di aver fatti i fondi al domicilio da sè indicato, e l'altro non dimostri di avere prevenuto lo sconcio facendo noto in tempo debito al traente di non avere potuto assumere di eseguire il pagamento nel luogo che a lui piaceva. Le spese pertanto occasionate da questo incidente dovranno ricadere, giusta le speciali circostanze dei casi, a carico dell'accettante.

Se il presentatore delle lettere di cambio non riscuote dal trattario corrispondente promessa di pagare nel luogo indicato dal traente, egli è autorizzato a protestare per difetto di accettazione (articolo 206). La condizione del domicilio può essere, rispetto a lui, sostanziale. La casa sulla quale è tratta la cambiale ha sede in Milano, la cambiale però è domiciliata a Trieste presso il sig. M. N. Il corrispondente sapeva che la casa ha in quella mercantile città affari e fondi, e un commercio particolare col signor M. N., e non esitò di caricarla della trasmissione. Del resto il prenditore e creditore dell'effetto ha bisogno di esser pagato colà e non a Milano.

Il trattario, io credo, è nel proprio diritto variando il domicilio determinato dal traente nella cerchia di Trieste. Non si può volere di più che ricevere il pagamento nella stessa città. Anzi deve dirsi di maggior convenienza che, mandato al trattario l'incarico di pagare in un dato paese, sia riserbato a lui di significare nell'atto dell'accettazione il luogo preciso e la persona dalla quale o presso la quale il pagamento sarà effettuato.

L'essere debitore non importa che si debba pagare fuori del proprio domicilio, in paese lontano con incomodi e spese. Il trattario potrà rifiutarsi all'accettazione.

—

737. *Della lettera di cambio tratta per conto ad ordine di un terzo.*

Sono in presenza due pronunciati legislativi che potrebbero generare una certa confusione se non venissero esposti con qualche diligenza.

Abbiamo sentito il § 7 dell'articolo 196 a dire: « Essa (la lettera di cambio) è ALL'ORDINE DI UN TERZO o del traente medesimo ». Ora succede l'articolo 197: « *Può esser tratta* PER ORDINE E PER CONTO DI UN TERZO ».

Sono due specie: distinguiamole.

Prima specie. Non è raro in commercio che la lettera di cambio sia tratta da chi non ha un vero interesse non essendo nella realtà che il mandatario di chi ha l'interesse il quale ha delle ragioni per non manifestarsi. In generale il fabbricare lettere di cambio, riscuoterne il prezzo, metterle in circolazione, non è una operazione delle più vantaggiose al credito di un negoziante. Chi ha bisogno di farne, suole celarsi sotto il nome di un amico. Egli figura traente, ma opera per altrui conto. Nulla trasparendone al pubblico, ognuno corre la fede di questo traente, egli solo entra nell'obbligazione.

Non è questa la lettera di cambio *per conto di un terzo*, di che parla l'articolo 197.

(1) NOUGUIER, num. 163.
(2) Rimpetto al portatore; or ora spiegherò la riserva.

Digitized by Google

Seconda specie. Per ordine e per conto, dice l'articolo, e sono due concetti diversi. Vi è un *ordine*, perchè indi nasce l'impulso che determina la creazione della cambiale (il terzo è *l'ordinatore* o il dator d'ordine, o almeno può esserlo) (1); e vi è una relazione che si modifica mediante l'azione cambiaria, la quale relazione è nell'interesse (*per conto*) dello stesso datore dell'ordine. E poichè questo motore non è lo stesso traente, havvi dunque un *traente per conto*.

Il giro avviene nel seguente modo. *A.*, commerciante di Livorno, è debitore di 5000 lire verso *B.*, commerciante di Nizza. Per soddisfare il debito, *A.* prega il signor *B.* di trarre per nome e conto di esso *B.* sopra *C.*, banchiere di Vienna e suo debitore una lettera di cambio di altrettanta somma a favore di *D.* (un terzo). *B.* riceve in effetto dal signor *D.* l'importo della tratta, e la ritiene come a titolo di pagamento del suo credito verso *A.*, che viene con ciò liberato. Sotto questo rapporto *B.* fa per sè e nel proprio interesse, ma per quanto riguarda l'operazione del cambio non è che un mandatario di *A.* Talmente che il di più che venisse a riscuotere dal prenditore sarebbe a vantaggio dello stesso *A.*, eccetto quello che gli è dovuto come banchiere per la commissione. Se *C.*, il trattario domiciliato a Vienna, accetta ed estingue la tratta, egli libera il proprio debito verso di *B.* (2). Questo gruppo di fatti e risultati giuridici si compenetrano nella descritta operazione.

La *prima specie*, oltre il far buon giuoco ai commercianti in certe loro condizioni particolari, è poi di comune frequenza nella sfera dei commissionari. Il committente non è nominato, non si mostra, ha diritto di essere ignorato dal pubblico. Vero è ch'egli in sostanza ha l'interesse, e somministrerà i fondi (*farà la provvista*): ma rispetto ai terzi è il sostegno vero della cambiale, il solo responsabile nell'assunta qualità di traente a *tutti gli effetti* (3). Sarà un mandatario finchè si vuole, ma il pubblico non lo conosce per tale. Tutto dev'essere aperto e chiaro nel dì della scadenza; deve farsi al portatore una situazione netta, precisa, preconosciuta. Non dev'essere spinto in faccia *al datore dell'ordine*, ad uno innominato col quale discutere il fatto della provvista od altri rapporti particolari che per lui non esistono. Insomma il traente non può opporre la sua qualità di mandatario ove non l'abbia dichiarata nella stessa lettera di cambio (4).

Questa posizione non è neppure ricordata dalla legge. Se non fosse stato d'uopo portare una discretiva *fra l'ordine del traente* stesso e l'ordine di altri che non è il traente, sarebbe bastato dire: *la lettera di cambio è all'ordine di colui al quale dev'essere fatto il pagamento.* Invece se si abilitava una lettera di cambio *per ordine e per conto di un terzo* (5), era mestieri dichiararlo: tal estensione non avrebbe potuto dedursi dagli elementi primitivi e necessari della lettera di cambio. In verità il pubblico commerciante che vede una bella trasmissione *all'ordine* a favore di una persona qualunque, non si cura di sapere quali siano le relazioni passate od esistenti fra questa persona e colui che gli ha fornito l'atto cambiario. Vi dev'essere dunque una tal quale modificazione di rapporti giuridici fra i cointeressati nella lettera di cambio, in virtù di una disposizione così distinta da quella che la legge ha stabilita in termini generali. Io ho detto essere una *seconda specie*. Negli art. 201 e 202 il Codice ritorna sul tema, dichiarando alcune norme che porgono occasione a svolgere in ogni sua parte il serio argomento. È là ove noi concentreremo le nostre osservazioni.

Ora, per completare la nozione, diciamo che in questa seconda specie *il dator d'ordine* si fa conoscere, si manifesta coll'organo del traente che ne dà un cenno nel corpo della cambiale e nella lettera d'avviso, se questa pure è inviata al trattario (6). Secondo le proposte formole, il trattario è prevenuto che

(1) Talvolta il datore d'ordine è persona diversa da colui a cui profitto è stilata la lettera di cambio.

(2) BRAVARD, *Droit commercial*, tom. III, pag. 46; POTHIER, *Del cambio*, num. 103; RIVIÈRE, pag. 291.

(3) Frase che riceve senso dalle disposizioni dell'articolo 201 e 202, da esaminarsi a suo luogo.

(4) Entro quei limiti si darà, esaminando i suddetti articoli.

Ora queste cose sono divenute volgari. Non lo erano quando HOSSON scriveva, affermando il principio (tom. I, quest. 69).

(5) La tratta può anch'esser *all'ordine* di Tizio, *in conto di Caio*.

(6) Ecco tre formole che ci porge la diligenza del signor NOUGUIER (num. 168):

1° *A tre mesi data pagate per questa lettera di cambio a mio ordine* (o all'ordine di un terzo) *la somma di L.* 5000, *valore in conto con M. P., che passerete senz'altro avviso* (o secondo l'avviso).

2° *A tre mesi data pagate per questa lettera di cambio a mio ordine* (o all'ordine d'un terzo) *la somma di L.* 5000, *valore ricevuto in contante* (o in altra maniera), *che voi passerete nel conto di M. P. senz'altro avviso* (o secondo l'avviso).

3° *A tre mesi data pagate per questa mia lettera di cambio a mio ordine* (o di un terzo) *la somma di*

Digitized by Google

M. P., datore dell'ordine, ha ricevuto dal traente il valore (1); e ch'esso trattario è incaricato, quale mandatario dello stesso datore dell'ordine, di pagare la somma al prenditore o al suo cessionario.

Non è difficile a scorgere che rapporti giuridici di varie forme vanno a crearsi fra il datore d'ordine e il traente; fra il dator d'ordine e il trattario; fra il traente e il portatore; fra il traente e il trattario; e ne rimettiamo l'esame alla discussione sugli articoli 201 e 202.

—

738. *Il traente può trarre la cambiale sopra se stesso.*

Merita di esser ricordata con onore questa disposizione del Codice. Il commercio aveva bisogno che il principio fosse stabilito una volta. Le polemiche non sono ancora cessate; anzi la massima più dannosa al commercio e più illiberale ha guadagnato terreno presso i nostri vicini, creatori della legislazione commerciale e dispensatori, se piace a Dio, di ogni vero giuridico. Mi farei un rimprovero non esponendo, brevemente per quanto potrò, la storia ideale di questo teorema, ora consacrato dalla nostra legge e messo fuori di disputa.

Quante persone occorrono alla costruzione della cambiale? Ecco il punto di partenza della questione. Tre persone si vogliono, dicono gli avversari del sistema ora da noi definitivamente adottato: un traente, un prenditore o terzo qualunque che fornisce il valore, il trattario. Ma nella proposta combinazione, il trattario dov'è? Esso si confonde col traente.

PARDESSUS insegnò che non è lecito al traente indicare se stesso quale pagatore della lettera di cambio. Non avrebbe che l'effetto di un biglietto all'ordine sotto le apparenze di una cambiale (2). « Celui qui aurait pro« mis des lettres de change ne serait donc « pas fondé à prétendre qu'il a rempli son « obligation en livrant des lettres tirées sur « lui-même, parceque dans notre droit et dans « l'acception ordinaire des mots, on entend « par lettre de change l'écrit adressé à un « tiers de qui le porteur puisse aller requerir « l'acceptation » (3).

PARDESSUS aveva qualch'esempio nella giurisprudenza (4); e inoltre l'autorità, secondo me più grave che quella di alcuna decisione isolata e mal ferma, la opinione degli antichi interpreti della Ordinanza, JOUSSE, LA SERRA, POTHIER (5), se è vero che la questione dipendesse dallo stabilire la triade cambiaria (6). Più tardi si aggiunsero in questo senso alcune altre decisioni (7). Si venne poi ingrossando la schiera degli autori che facevano omaggio alla dottrina della triade (8).

L. 3000, *valore ricevuto in contante* (o in altra maniera) *per conto di M. P., che passerete senz'altro avviso* (o secondo l'avviso).

Le iniziali qui poste sono vere iniziali; tali sono letteralmente le formole di NOUGUIER.

RIVIÈRE scrive anch'egli nel suo formulario (in fine del suo trattato sul commercio) un esempio (num. 59) colla seguente annotazione — *Dans la pratique de commerce on n'indique pas habituellement même par des initiales, le nom du donneur d'ordre.*

(1) Nella ipotesi figurata, il datore dell'ordine ha ricevuto la liberazione del proprio debito che aveva col traente.

(2) Una obbligazione — *revêtue des apparences d'une lettre de change*, dice questo autore — Invece, della lettera di cambio mancherebbe l'apparenza, non iscorgendovi l'occhio che due sole persone. Vedremo *che è questione d'apparenza.*

(3) *Cours de droit commercial*, num. 333. — Noi possiamo convenire in questa conclusione, senza sottoscriverci alla premessa. Altro è il dire se sia una vera lettera di cambio quella formulata nel modo indicato; altro è il dire che chi si è obbligato a dare delle lettere di cambio debba presentare una terza persona accettante, diversa da quella del traente. Diventa una questione d'interpretazione. Una cambiale fatta in quel modo può esser legalmente valida; e nondimeno essersi intesi i contraenti fra loro di aver tali lettere di cambio che presentino le maggiori guarentigie possibili nella pluralità degli obbligatarii. Quantunque oggidì la legge sia precisa nel senso della validità, io reputo che per la ragione suddetta, e perchè generalmente le lettere di cambio portano più obbligati, la convenzione dovrebb'essere interpretata ugualmente. Ma la nostra ipotesi suppone la cambiale esistente e già passata all'ordine di un terzo che l'ha ricevuta; ed è in tale ipotesi che ricerchiamo una soluzione razionale, e come di principio.

(4) Cassazione francese, 1° messidoro, anno XI (SIREY, vol. III, part. I, pag. 13); Corte d'appello di Torino, 26 marzo 1806. Si avverte però che questa sentenza venne cassata con decisione del 1° maggio 1809 (SIREY, vol IX, part. I, pag. 174).

(5) FULEMAN, che pure scrisse con alto senno intorno alla Ordinanza, sentiva diversamente.

(6) In tempo più antico, sotto l'impero della Ordinanza, il Parlamento di Parigi, nel 3 settembre 1760, giudicò che, non concorrendo le tre persone distinte, la carta non poteva aver l'effetto di una lettera di cambio. La decisione venne annullata dal Consiglio del 2 giugno 1761, sulla richiesta dei sei corpi di commercio di Parigi (PERSIL, pag. 25).

(7) Tolosa, 22 luglio 1825 (SIREY, vol. XXV, p. II, pag. 292); Bordeaux, 17 novembre 1843 (*Journal du Palais*, 1844, tom. II, pag. 519); Rouen, 20 agosto 1845 (SIREY, vol. XLV, part. II, pag. 255).

(8) FAVARD DE LANGLADE, v° *Lettre de change*,

Digitized by Google

Negli ultimi tempi Nouguier domanda se non sia contrario *all'essenza del contratto di cambio e alle regole del buon senso* che il traente faccia una cambiale a carico proprio. Rimettendosene all'autorità di Einecio, fa sovvenire a chi l'avesse dimenticato, che la convenzione del cambio ha sua base in un contratto di mandato che sta nella commissione dal traente al trattario di pagare a proprio scarico. Ma chi ha mai visto un mandato fatto in se stesso? Egli sarà bensì obbligato; ma la sua obbligazione si chiamerà *biglietto a domicilio* (n° 97).

Bédarride, associandosi a questa dottrina, aggiunge, che la cosa poteva passare imperando la Ordinanza del 1673, e Fuleman poteva aver ragione. Il silenzio di quella legge su tutto che riferivasi al pagamento, ne giustificava la opinione sul cumulo delle due qualità di traente e pagatore.

Secondo questo autore, il Codice di commercio del 1807 *aveva profondamente modificata la lettera di cambio*. Riconobbe che il contratto di cambio era diverso dalla lettera di cambio; e che la operazione poteva esser commerciale, benchè non rappresentata che *da un biglietto all'ordine, o a domicilio*, giusta l'esplicito disposto dell'articolo 637 del Codice di commercio (1).

La lettera di cambio produce effetti gravissimi; mena diritto alla carcere. « Un acte « compromettant la liberté individuelle parut « devoir être soumis à des conditions rigou« reuses. *Cette pensée devint l'origine de notre « article* 110 » (2).

Tuttavia dopo questa scoperta *della origine dell'articolo* 110, il ch. autore confessa che il trattario rimane sovente estraneo all'operazione (3), e dice che il legislatore non ha potuto dissimularlo a se stesso, *cependant il n'a pas esité à prescrire formellement l'indication de son nom* (quello del trattario). Domandare se si può sopprimere il trattario, è domandare se si può violare impunemente la legge.

D'altra parte il legislatore non ha voluto un trattario effimero (un nom en l'air), ma un trattario serio, con provvista effettiva, e in tale relazione col traente da potersi dire *que son acceptation est en quelque sorte forcée.*

Ciò che prova la necessità di un accettante persona diversa dal traente, egli è l'obbligo del protesto per difetto di accettazione, onde se costui ha tratto all'azzardo, deve prima della scadenza o pagare o dar cauzione. Togliere il trattario è togliere questo diritto (privilège) al creditore cambiario, è ferire uno dei caratteri più essenziali della lettera di cambio.

La economia generale della legge respinge questa idea. Che il legislatore abbia voluto assoggettare la lettera di cambio all'accettazione, risulta dall'articolo 118 e seguenti (4). L'accettazione non ha per oggetto che di aggiungere un novello debitore a quello che già esiste, ed aumentare la garanzia del creditore. Supponete che il traente sia ad un tempo il trattario, la sua accettazione non sarebbe che una vana ed inutile formalità. Egli non esiterà mai a darla, perchè con ciò non si accrescono le sue obbligazioni.

La legge ha preveduta la possibilità di un rifiuto. Ha dunque avuto in pensiero un tale che fosse libero sino alla sua accettazione, quindi non lo stesso traente.

Il trattario non è tenuto ad accettare la tratta se non avendosi provvista. È il traente che deve farla; e si reputa *provvista* il credito che il traente ha verso il trattario. Può esprimersi in modo più energico la volontà che le persone siano distinte? (5).

739. A noi saria bastato, io lo ripeto, tener

---

sect. I, § 1, num. 6; Orillard, num. 401; Goujet e Merger, num. 45; Rogron, nota 4, all'art. 110. Si citò anche fra questo numero il Baldasseroni, ma io non ho potuto trovare nella sua opera il passo indicato.

(1) Per non tornar più su questo obbietto, veramente di poco conto, non ho che a ricordare che il Codice di commercio del 1807 non creò già la scienza, e che molto prima e di quello e della Ordinanza gli scrittori del cambio, italiani segnatamente, professavano questa differenza elementare, non codificata ma eminentemente scientifica. Chi poi non fosse persuaso che l'articolo 637 del Codice di commercio francese sia stato citato senza proposito dal Bédarride, non ho che a pregarlo di riscontrare quell'articolo.

(2) Oh questa non l'avrei creduta! Il legislatore non si propose di dettare i requisiti della lettera di cambio secondo la sua propria natura e in ragione della funzione ad essa affidata nell'interesse del commercio; ma pensò d'inasprirne la forma onde sottrarre possibilmente i mancatori al rigor della legge!

(3) Quando in fatto non accetta e conviene ripiombare di tutto il peso sul solo traente.

(4) Art. 118: « Les tireurs et les endosseurs d'une « lettre de change sont garants solidaires de l'acceptation et du payement à l'échéance ».

(5) Il Bédarride è certamente il più forte e il più eloquente dei propugnatori di questa sentenza. È inutile occuparsi di altri autori recenti che accettano il principio senza discuterlo (Alauzet, *Comm.* all'articolo 110; Bravard-Veyrières, *Manuel*, p. 195), e ripetono come l'eco che non sarebbe cambiale ma biglietto a domicilio.

Digitized by Google

alto l'articolo 197, e dire: vedete là che ogni questione è finita. E avremmo potuto passar oltre. Ma oltrechè la genesi delle disposizioni legislative è la nostra storia, e niuno deve ignorare la storia, si colgono volontieri da glossografo coscienzioso le occasioni per mettere in aperto i caratteri di una istituzione che non si manifestano giammai più luminosi alla mente che nel contrasto delle opinioni.

Volteremo adunque la medaglia, e diremo come altri pensassero e di quali argomenti si cingessero.

Il discorso non sarà lungo, perchè bisogna convenire che questa opinione è stata sempre in minoranza presso gli uomini di legge, sebbene il commercio intanto camminasse a volontà sua, senza curarsi troppo degli scrupoli dei legisti; il commercio vedeva ogni giorno case rispettabili trarre sopra se stesso, facendo pagare le tratte dalle loro figliali, e infine con una sola mano scrivendo la obbligazione e versando il pagamento.

Udite i commercianti del tribunale della Senna sotto qual punto di vista pratico essi sapevano cogliere la questione (1). « Il est d'usage « constant dans le commerce de France, et « chez tous les nation commerçantes étran« gères, que des négociants éloignés de leur « domicile, et qui ne peuvent par conséquence « porter leur caisse avec eux, utilisent cepen« dant leur fonds, *tirant du lieu où ils sont « des lettres de changes sur leur maison*, et « que ce sur le foi de cette usage, reçu par « tout, qu'ils trouvent de l'argent dans toutes « ce places où leur maison est connue ».

Attenzione alle parole che seguono: « Que « se les tribunaux de commerce qui, par « état doivent toute protection au commerce, « adoptaient malheureusement le système de « M^r^ *T.*, qui n'est qu'une pure chicane, *il pa« ralyseraient à l'instant la majeure partie des « opérations commerciales les plus importan« tes, et priveraient le commerce d'une res« source qui lui est utile* » (2). È un linguaggio che ha la più grande autorità pronunciato da uomini consumati negli affari.

Ho indicato nel precedente numero una decisione della Corte suprema di Francia del 1° maggio 1809, che ritenne la stessa massima (3).

Horson nelle sue questioni sul commercio (quest. 51, tom. I, pag. 173) aveva sostenuta l'opinione contraria. Indi il Persil (Commento all'articolo 110), che resterà sempre fra gli scrittori più diligenti e giudiziosi di cose commerciali. Per lui la teoria della maggioranza era esorbitante ed eccessiva. Rigore quanto volete, egli diceva, nello stile delle lettere cambiarie; ma alle prescrizioni già numerose fatte di non aggiungerne delle altre.

Che richiede l'articolo 110 per la validità della lettera di cambio? Il concorso forse di tre persone? Nè più nè meno che l'articolo 1° dell'Ordinanza del 1673. Esige che la lettera porti il nome di colui che deve pagare e di di chi somministra il valore (4). Tu non vedi punto l'obbligo di enunciare una terza persona: l'articolo non impone che assolutamente il pagatore debba essere una persona diversa da quella che, lontana dal suo domicilio, tira su se stessa. Per verità il legislatore non poteva impedire di realizzare in tal guisa una lettera di cambio. Questa facilità di tirare su se stesso racchiude il maggiore interesse. Suppongasi un commerciante di Parigi, di una riputazione conosciuta, capitato per suoi negozi a Baionna. Egli non ha potuto trasportare con sè tutto il danaro necessario alle operazioni che ha in vista; egli tira più lettere di cambio *su se stesso*, pagabili a Parigi, e riceve all'istante le somme che gli abbisognano. Quale vantaggio, prosegue Persil (quale soddisfazione! aggiungo io), toccare, per così dire, le porte delle case bancarie e vederle aprir tutte al cenno suo, all'aspetto della sola sua firma, senza mettervi di mezzo altre persone! Forse

(1) Di traforo, toccando ancora della ingerenza autorevole dei commercianti nei giudizi commerciali, e rinnovando il mio voto altre volte espresso onde siano conservati, e si deponga la velleità *della giurisdizione ordinaria*, quasi tipo unico di libertà giudiziaria per espellere gli uomini speciali, mi piace qui rammentare una dotta e molto opportuna monografia del ch. Jacopo Virgilii stampata in Genova (*Tipografia del commercio*, 1868), intitolata: *Dei Tribunali di commercio in Italia e della necessità di conservarli ed estenderli.*

(2) La conseguenza — « Le tribunal, sans égard aux moyens de défense de M. T. (che non era una lettera di cambio quella tratta dalla casa sopra se stessa) le condamne *et par corps à payer le montant de la lettre de change* dont il s'agit avec intérêt et les frais » (4 novembre 1806, Sirey, vol. viii, p. ii, pag. 53).

(3) Altre decisioni. Sotto l'Ordinanza — Nimes, 30 messidoro, anno XIV (Sirey, vol. iv, part. ii, pag. 629). Sotto l'impero del Codice francese — Nimes, 22 giugno 1829 (Sirey, vol. xxx, p. ii, p. 93). Tolosa, 5 dicembre 1829 (Sirey, xxxi, p. ii, p. 302).

(4) Neppure. L'articolo 110 (come il nostro 196) esige la dichiarazione del valore, e non il nome di chi lo somministra.

anche non troverebbe in paese vicino chi fosse per accettare le sue tratte, non avendo relazioni in quei luoghi.

La sola differenza (traduco sempre questo nobile autore) fra il Codice di commercio e la Ordinanza del 1673, ella è questa: che il primo esige il concorso *di tre nomi* ma *non di tre persone* (1), *e nemmeno di tre nomi differenti*. L'Ordinanza poi non ingiungeva tampoco i tre nomi (2). Laonde niente fa supporre che il legislatore abbia richiesto a pena di nullità il concorso di tre persone. Chi ha redatto il Codice di commercio ben conosceva la Ordinanza, le difficoltà sollevate intorno all'articolo 1°, le soluzioni che avevano ricevute; egli si è passato in silenzio sul concorso necessario delle tre persone; egli non ha voluto portare modificazioni agli usi già stabiliti.

La rimessa invece da luogo a luogo, formalità indispensabile, è stata completamente accettata. Del resto quando l'effetto commerciale è conformato all'articolo 110, è una vera lettera di cambio, e ne ha tutta la portata e la conseguenza. Riscontrando il Codice colla Ordinanza, si rimane convinti che il legislatore ha voluto accordare all'atto la virtù della lettera di cambio, semprechè consti della rimessa da luogo a luogo senza inquietarsi troppo del concorso di tre persone (3).

Il senso pertanto che da noi si attribuisce alla Ordinanza del 1673 e all'articolo 110 del Codice di commercio (è ancora Persil che parla) è quello già inteso dalle ditte commerciali che avendo più stabilimenti in diverse città, tirano dall'uno all'altro. Ne mai sorsero reclami, nè mai si sostenne che simili effetti commerciali mancassero del carattere di vere e proprie lettere di cambio. Se questo non si chiama tirare su se stesso, quale sarebbe? (4).

740. Dopo si lunga e chiara esposizione, a me poco avanza. Nondimeno farò di addentrarmi di più nella causa del lungo dissidio ora deciso; e sarà insieme l'apologia della nuova legge.

I giuristi della contraria sentenza non poterono nella loro lealtà dissimulare il lato debole del loro sistema, ed era il fatto messo in rilievo da Persil. È verissimo: la ragione per cui suolsi usare codesta forma cambiaria, è quella duplice: 1° Che il traente sopra se stesso suol essere un commerciante che ritiene più stabilimenti in diverse città nel proprio nome, e per lo più sono case cospicue quelle che tengono una tal posizione in commercio. Chi mai farebbe onta alla casa Rotschild opponendo non essere cambiali quelle ch'essa indicasse pagabili dalla stessa casa, per esempio da Parigi a Napoli? L'altra che non si amano intermediari, nè si vuole aver ricorso ad accettanti estranei. Dissi che questo è il fare delle case cospicue, e ben poco famigliare e intendente del commercio sarebbe il legislatore che scagliasse l'anatema.

Io mi occupo delle obbiezioni di Bédarride (Vedi sopra, n° 738). Sembrerebbe una soverchieria della mia argomentazione il prevalermi di una legge nata oggi per trionfare di una opposizione che non ha più ragione di essere. Non esco dalla ipotesi, ma dimostro che il nostro articolo 197 per così disporre non ebbe d'uopo di cangiare una sillaba dell'art. 196, copia perfetta dell'articolo 110 del Codice francese. Questo prova assai chiaramente che non sussiste l'argomento che nell'articolo 110 fosse espresso il comando del legislatore che tre persone debbono concorrere a formare il documento cambiario, diverse e distinte. E niuno pensa, io credo, che vi abbia contraddizione fra i citati due articoli. Ciò quanto al materiale del testo legislativo; nè saprebbesi creare una nullità senza mettere in sodo che la legge è stata violata.

Sarà stata violata nel suo spirito? Si obbietta che il trattario è una terza persona contemplata dal legislatore della legge del cambio; parte integrante concorrendo alla perfezione di essa; parte essenzialmente distinta, operando per opposizione al fatto del traente, e qui si adducono motivi certo di molto valore. Ma dubito assai che non siamo portati

(1) Distinzione non parolaia ma piena di sostanza.

(2) Osservazione che giova ritenere per far buona critica delle opinioni che si dissero fondate in una diversa espressione della celebre Ordinanza di cui ognuno può esser giudice vedendone il letterale tenore: « Les lettres de change contiendront sommairement le nom de ceux auxquels le contenu devra être payé, le temps du payement, le nom de celui qui a donné la valeur, et si elle a été reçue en deniers marcandises ou autres effets » (art. 1° del titolo v).

(3) Qui cita in appoggio l'art. 2 dell'Ordinanza.

(4) Il prof. Bécane difese questo sistema nelle *Question sur le Code de commerce*, pag. 246 e 247. Tale era pure, come si ricordò superiormente, la dottrina del Fulemar e Delvincourt nelle *Institut. de droit comm.*, dice nettamente: « Le tireur peut-il tirer sur lui-même? Je pense que cela se peut pourvu qu'il y ait remise de place en place » (liv. i, tit. vii, pag. 82).

Digitized by Google

sul terreno dell'equivoco, e pare non c'intendiamo fra noi sul modo di porre la questione.

Realmente noi abbiamo due ordini o due forme di lettere cambiarie. Quella dell'articolo 196 non è quella dell'articolo 197. La prima si forma di tre distinte personalità, niun dubbio; il trattario ha gli obblighi suoi propri, inconfondibili con quelli del traente, opposti le più volte a quelli dello stesso traente. L'altra categoria si ha nelle lettere di cambio *tratte sopra se stesso.* Il legislatore permette l'uno e l'altro modo; espressamente, giusta la moderna legislazione italiana, non vietati mai e, astrattamente parlando, compatibili fra loro, che è la tesi nostra. Da che dipende il valersi dell'uno o dell'altro? Dipende semplicemente dal beneplacito dei contraenti. Nella prima specie di cambiali la garanzia dei creditori può parere più solida: ma ciò è relativo. Due persone tante volte non ne valgono una sola. Un commerciante di piccol conto traente sopra un altro suo pari che accetta la tratta, non hanno il peso della firma di un duca Deferrari che trae sopra se stesso. Chi è il giudice di codeste diverse guarentigie cambiarie? Il prenditore; e quando egli se ne trovi contento, chi vorrà ancora disputare sulla fiducia che possono meritare i recapiti rispettivi?

Vi difendete tuttavolta in nome del sistema, in nome del principio regolatore del cambio?

Io ho veduto con maraviglia uomini disposti a liberarsi da tutti gli impacci del formalismo cambiario, sconoscere in questa forma compendiosa la essenza della lettera di cambio. E qui debbo ripetere quanto osservava il signor Persil: l'essenza del cambio, secondo il nostro sistema, è la diversità dei luoghi ove riceve la sua esecuzione. Io posso quindi concepire una cambiale senz'accettazione, senza il corredo dei protesti e il codazzo dei ricambi, retaggio di una operazione complicata e difficile. Senonchè i protesti potrebbero anche aver luogo non per lo difetto di accettazione, ma per quello del pagamento a scadenza. La *provvista dei fondi* è un assurdo in questa specie; il traente essendo nel medesimo tempo accettante, sopporta la doppia obbligazione, nè potrà mai allegare che altri gli abbia mancato di provvederlo dei mezzi per estinguere la cambiale. Tutto si semplifica, e il meccanismo si accosta e quasi si confonde a quello del *biglietto all'ordine.* Non è un biglietto all'ordine però, e non lo sarebbe neppure se la parola del legislatore non avesse troncata ogni polemica. Sarebbe pur sempre una lettera di cambio, perchè serve a quel movimento che è il suo scopo finale.

Articolo 198.

Le lettere di cambio che contengono supposizione di nome, o di qualità, o di domicilio, o del luogo dal quale sono tratte o nel quale devono pagarsi, sono semplici obbligazioni quanto a tutti, eccettuato il terzo possessore se non si prova la sua intelligenza o cooperazione nella simulazione.

741. *Introduzione.*
 a) *Supposizione di nome;*
 b) *Supposizione di qualità;*
 c) *Supposizione di domicilio e di luogo;*
 d) *Supposizione di valore.*

742. *Se le supposizioni siano di maniera che non ne rimanga punto alterata la sostanza della operazione cambiaria, dovrà nonostante concludersi per la nullità della cambiale? Discordia delle opinioni.*

743. *L'opinione dell'autore è per la validità.*

743 *bis Dei vari effetti giuridici delle supposizioni cambiarie.*

744. *Facoltà e dovere dei giudici d'investigare il fondo della verità, e non di limitarsi a riscontrare un fatto qualunque supposititio occultato da una forma nel suo estrinseco perfetta.*

745. *Come vadano a presentarsi le questioni relative nei giudizi. Norme di giudicare ed esame della competenza.*

746. *Da chi e contro chi possa essere apposta la eccezione della supposizione in una lettera di cambio.*

Dei terzi di buona fede. Se sostenendosi la cambiale supposititia per causa della loro buona fede, possa avere l'effetto di costringere il debitore anche coll'arresto personale.

Digitized by Google

741. Appena regolato l'estrinseco della cambiale con tutta la cura di chi affida i più grandi interessi alla forma di un documento, il legislatore sente bisogno di coordinarvi il principio morale affinchè l'audace apparenza non vinca e soffochi la realtà dei fatti. Il concetto espresso in questi diversi articoli si riunisce in uno, ed è: *la forma della lettera di cambio dev'essere lo specchio fedele della verità*. Allora la cambiale esiste. Analizzando il concetto, appaiono due condizioni distinte eppure copulative. La forma non basta senza la verità; la verità non basta senza la forma (1). Il legislatore non ha potuto usare questa espressione dogmatica; invece è disceso nei particolari. Dichiara per quali finzioni si guasta la lettera di cambio e degenera in una obbligazione meno onerosa. La simulazione (è la vera parola, concordandosi le parti nel fingere) nuoce principalmente al creditore che si presume aver dettata la legge, non giova totalmente al debitore. Il primo perde il privilegio del credito, il secondo rimane nonostante obbligato. Devesi tener lontana la idea della penalità; ciò che abbiamo osservato non è che la conseguenza della imperfezione del contratto cambiario, malgrado la sua dimostrazione esteriore.

a) *Supposizione di nome.*

Dalla supposizione al falso il transito è breve come dal contrabbando al furto. La legge però sta ferma alla prima idea, lasciando esistere la obbligazione benchè di un ordine inferiore (2). Colla *supposizione dei nomi*, come di ogni altra (qui indicata), che s'introduce nella lettera di cambio, si ha l'animo di giovare a sè ed al proprio credito, non quello di nuocere a persone determinate. Allora si avrebbe un falso penale ed una intenzione dolosa sino alla quale il portato del nostro articolo non arriva.

Potrebbe facilmente confondersi la *supposizione di nomi*, nel senso di questa legge, colla sostituzione che suol farsi di persone introdotte a comodo in luogo del vero interessato. Si è veduto altrove commercianti valersi di un amico, di un commesso per formolare una cambiale ov'egli figura creditore *all'ordine* anzichè traente, come secondo verità dovrebb'essere. Ove le altre enunciazioni siano vere, data, luoghi, titolo oneroso, movimento cambiario, se il traente o il giratario siano atteggiati a comodo, se il traente non sia che un commissionario, un mandatario, e il giratario un presta-nome, non perciò la cambiale cessa di esistere. Quella specie di simulazione di relazioni scambievoli fra alcune delle persone che figurano nella lettera di cambio, *non attentando alla veracità della funzione cambiaria* (3), sfugge al disposto dell'articolo 198. Si possono considerare in qualche modo spostate quelle relazioni, ma hanno i loro effetti giuridici (num. 718). Se il traente non è che un mandatario, se il prenditore che non si mostra o fa le parti di giratario, è il vero autore della lettera, nei rapporti che passano fra lui ed i suoi confidenti, egli sarà il debitore della provvista, egli dovrà indennizzare quelli che ha fatto concorrere per l'unico suo interesse nella operazione. In tali condizioni di cose, lo ripeto, la cambiale, obbiettivamente considerata, esiste.

Io calco su queste avvertenze, potendosi temere un facile scambio di idee. In due modi si concepisce la *supposizione dei nomi*. Quando il nome di qualcuna delle persone che appariscono nella cambiale è immaginario. Quando non è immaginario, ma vi è stato introdotto ad arbitrio e senza il consenso della persona cui appartiene.

Noi siamo dunque nei termini di falso, non materiale però e del genere intellettuale, perchè non si falsifica l'altrui firma ma si dice una solenne bugia, e si fa credere quello che non è, sulla fede di una semplice enunciativa. Vede però ognuno quanto il campo di siffatta supposizione sia scarso a non volerlo far traboccare nel falso materiale. Chi si obbliga nella cambiale, vi appone bravamente la sua firma; il traente per l'articolo 196 (in fine) niun dubbio neppure che il girante non abbia a sottoscrivere la girata. La supposizione possibile si restringe al nome del proprietario della lettera munita d'ordine e al trattario, le cui soscrizioni non sono richieste nella cambiale. Difficilmente il primo sarà immaginario; chi ha costrutto in questo modo il documento non lo avrà fatto per ischerzo; vorrà approfittarne. Anche il debitore sarà pur troppo una persona reale; quindi se il trattario fosse una idea, un mito, il traente non lo sarà mai.

(1) Idee che si modificano in faccia ai terzi di buona fede, come diremo più sotto. Viene un momento in cui la forma trionfa sulla verità; entra il fatto in dominio di un altro principio.

(2) Questo punto delicato dev'esser trattato più avanti.

(3) Questo concetto venne in altre parole adombrato in una bella sentenza della Corte d'appello di Firenze del 5 settembre 1864 (*Annali di Giurisprudenza toscana*, detto anno, pag. 1068) che dovrò citare più d'una volta.

Digitized by Google

Resta adunque sia stato finto il nome del trattario. Ciò può essere. Io convengo che la cambiale sarebbe suppositizia: ma se la persona nominata esiste fra gli abitatori di questo basso mondo, non vedrei più la *supposizione del nome.* Ci sarebbe un trattario senza provvista di fondi, un trattario che probabilmente non accetterà la tratta; ma il Codice lo prevede, e non perciò rifiuta alla lettera di cambio la sua esistenza legale (1).

b) *Supposizione di qualità.*

Se lassù si rade il falso, qui si rade la scroccheria, la truffa. Io oso credere che se si fosse riveduta sottilmente questa disposizione, cui la tradizione concedeva un facile passaporto nel nuovo Codice, l'inciso di cui parliamo sarebbe stato abbandonato.

Ecco uno degli esempi che gli scrittori, ricopiandosi, soglion dare della *supposizione di qualità.*

A. B. è l'omonimo di un altro *A. B.*; questi è un famoso banchiere, quegli un povero diavolo che vive con un commercio di ripiego. Ebbene: il primo aggiunge al proprio nome la qualifica di *banchiere*, col quale prestigio la lettera di cambio da lui creata farà fortuna (2).

Accettiamo l'esempio. Credete voi che quella qualificazione o quel vanto sia mezzo sufficiente a tirare altri in inganno, a sorprendere l'altrui buona fede, e produrre un lucro delittuoso? E dovete crederlo mentre sta scritto nell'articolo 626 del Codice penale: « Chiunque sia facendo uso di falsi nomi e *di false qualità*, ecc. » (3). E perchè se ne doveva occupare il Codice di commercio? Non provvede abbastanza il Codice penale? Più ancora: perchè connettervi un pronunziato che non è in rapporto logico col fatto punibile?

O la *supposizione di qualità* è colpevole, o non lo è. Se è colpevole e dolosa, e produsse l'effetto d'ingannare i terzi, non si vedrebbe come sottrarre il colpevole dalla legge penale. Se la supposizione realmente non c'è, od è innocente (4), quale addebito farne? Perchè colpire la convenzione, quasi intrinsecamente difettosa, e degradarla come si degrada un militare che manca alla disciplina? Qui si può domandare: perchè mantenete la obbligazione nel primo caso; perchè la castigate nel secondo? Nel primo caso il truffatore non deve avere dei diritti; nel secondo non si sa perchè la obbligazione sostanzialmente cambiaria non abbia a permanere nel proprio grado.

Può immaginarsi anche una supposizione di qualità della cui supposizione l'artefice della cambiale abbia coscienza, e nonostante innocua. I proprietari di fondachi e mercatanzie, e più i fabbricatori e manifatturieri, si avvantaggiano di certe divise che loro danno del credito, e talvolta amano ostentare di *essere successori* di *C.* o di *D.*, che furono uomini di riputazione nell'arte loro (5). Avviene che Pietro aggiunse alla sua firma di traente nella cambiale la qualità di successore di *C.* che non gli appartiene. La cosa passò, e niuno se n'è fatto caso. Pietro era conosciuto, si poteva calcolare la sua solidità: era buona abbastanza per accreditare le sue tratte. Nessun male poteva avvenirne, e nessuno avvenne. La sua tratta fu ricevuta in commercio; le sue tratte camminavano del pari quando egli non vi apponeva che il suo nome semplice. Perchè questa cambiale non dovrebb'esser più una cambiale ma un'obbligazione d'ordine inferiore, non dirò in faccia ai terzi di buona fede, ma in faccia a chiunque?

c) *Supposizione di domicilio e di luogo.*

Fu osservato anche da altri che, mentre la legge sembra distinguere i casi, la duplice supposizione ha un solo carattere, un solo motivo. La simulazione di cui parliamo è capitale nella lettera di cambio, essendo capitale il fatto della trasmissione materiale o ideale dei valori da luogo a luogo; è in pratica la più frequente; giudizialmente, è l'ultima risorsa messa in serbo dai cattivi debitori (6).

---

(1) Del resto non c'è bisogno di un trattario terzo, dacchè si è promulgato l'articolo 197. Ma forse si sarà indicato un trattario *ad pompam*, qualche cospicuo banchiere per fare della illusione e vendere la tratta. Io mantengo tuttavia che non vi è supposizione di nome.

(2) NOUGUIER, num. 201; BÉDARRIDE, num. 121.

(3) *Frode*, secondo l'articolo 404 del Codice toscano, lett. f.

(4) *A. B.* è un gran banchiere, abbiamo detto; ed un altro *A. B.* è un piccolo commerciante. Ma supponiamolo un banchiere, benchè quasi impercettibile a confronto del primo. Si soscrive — *banchiere* — e, quanto a lui, non inganna nessuno. Ma poche miglia di là del suo domicilio non è conosciuto, e invece è noto in ogni parte il grande *A. B.*, e così si crede generalmente che l'affare a lui appartenga; perciò la lettera di cambio fa il giro del mondo. Si scopre infine la verità; si grida alla supposizione, che, come vedete, non è che opinativa.

(5) Di tali divise, anche mentite, abbiamo parlato ai num. 89 e seg.

(6) L'accettante che si obbliga a pagare in un luogo ove non ha domicilio, non commette una supposizione, ma è valutata una *elezione di domicilio* (Corte di Torino, 31 marzo 1815, PESSU., p. 91, num. 4).

d) *Supposizione di valore.*

Perchè mai non si parla della supposizione di valore? Ma prima vediamo in qual modo potrebbe verificarsi.

L'articolo 196 si occupa delle *enunciazioni*, delle menzioni che devono farsi, dell'apparato estrinseco della lettera di cambio (1). L'articolo 197 strappa qualche brano dell'apparato, e va a leggere la finzione che vi è sotto. La parola stessa *supposizione* dà a divedere che la forma esteriore esiste, ma non ha fondamento nella verità. Se il valore somministrato non venisse enunciato nella cambiale, supposizione non ci sarebbe ma si avrebbe l'assenza del valore somministrato; la lettera di cambio, come tale, sarebbe colpita di nullità per l'articolo 196; non cadrebbe sotto la sanzione dell'articolo 198. Pertanto, enunciato il valore e dimostrata la supposizione, non si rientra forse nel disposto del nostro articolo?

Il silenzio delle leggi anteriori, fedelmente mantenuto anche dall'attuale, autorizza le dubbiezze di Vincens, che credeva non doversi porre tale simulazione nella categoria delle proibite (2), *pourvu qu'il agit de cause réelle et remise de place en place* (3).

Persil invece scopre in ciò lo stesso inconveniente che nasce dalla supposizione di luogo e domicilio. « La lettre de change, dans l'un « comme dans l'autre cas, doit perdre son ca- « ractère. Il doit y avoir parité dans cettes « deux conditions imposées pour la validité de « la traite ». E dopo alcune osservazioni: « On « voit donc que si la simulation de lieu en- « traine la nullité de la lettre de change, la « simulation de valeur doit produire le même « résultat. Si le Code se tait sur la supposi- « tion de valeur, son silence ne peut fait croire « que le législateur a eu l'intention de valider « la lettre de change malgré ce mensonge. *Il « a voulu que la supposition de valeur et la « supposition de lieu entrainassent les mêmes « conséquences, la nullité de la traite;* il a « voulu que celle-ci ne valut plus que comme « simple promesse » (n° 7).

La opinione di Vincens si manifesta inammissibile. Dicendo la legge — *la lettera di cambio deve enunciare il valore somministrato*, ecc. — ha cominciato dall'ingiungere il fatto, *la somministrazione;* indi ordina che il fatto stesso si appalesi nel documento. Non ci è permesso prestare alla legge questo concetto: dichiarate che un valore è stato somministrato: vero o no, poco importa. Che una rimessa da luogo a luogo possa operarsi malgrado la non somministrazione del valore al traente, si può convenire. Il traente che non ha ricevuto verun corrispettivo, o tira in credito, può far grazia al prenditore di mandar somme in altro paese, o disporre a favor suo di quelle che si trova avere colà: ma la legge richiede il requisito del corrispettivo come condizione del trasferimento della proprietà della cambiale nel possessore. Ciò abbiamo avvisato altrove, e non è soverchio ripeterlo. Poichè si è creduto di dovere stabilire in un articolo espresso, che una obbligazione non avente il privilegio cambiario non cessa però di essere una obbligazione, e di più hanno voluto esemplificarsi le violazioni che fanno perdere alla obbligazione il suo primato commerciale, non doveva forse omettersi la *supposizione del valore.* Ma la conseguenza è nella natura delle cose; il legislatore poteva sopprimere l'articolo 198, e la conseguenza sarebbe uscita da sè, non meno logica, e quindi non meno certa (4).

742. Se la supposizione di nomi, di qualità, di domicilio o luogo, di valore, è dimostrata, e con tutto ciò, ridotto il fatto a termini di verità, si avrebbero ancora i requisiti sostanziali del cambio, non dovrebbe la cambiale valida riputarsi? Ovvero la nullità della cambiale è l'effetto, quasi penale, della menzogna, della immoralità e del dispregio della legge?

Del primo avviso è Nouguier (n° 208). Talvolta, egli dice, la simulazione nasconde certi fatti, che rivelati e rettificati secondo la verità, vi lasciano tuttavia convinti della esistenza di una vera operazione bancaria. Pietro trae una cambiale da Milano su Venezia, ma per certe ragioni particolari non vuol far sapere ch'egli si trovasse in quel giorno a Milano. Ebbene egli finge di tirare la cambiale da Verona. Simile supposizione toglie qualche cosa alla verità di fatto che la rimessa sia stata fatta da piazza a piazza; da Milano a Venezia? (5).

(1) Che rispetto ai terzi di buona fede si confonde coll'intrinseco, siccome abbiam visto e vedremo sotto nuovi aspetti.

(2) E non ogni simulazione essere proibita fu per noi avvisato alla lettera a).

(3) Tom. II, pag. 367. Similmente una sentenza della Corte di Torino (impero francese) del 31 marzo 1813 (Sirey, tom. XIV, part. II, pag. 181).

(4) Merlin, vocab. *Lettre de change*, addit. § 2, num. 2 bis; Horson, quest. 52, p. 178; Pardessus, num. 458; Nouguier, num. 207.

(5) Una decisione della Corte di Tolosa del 18

Digitized by Google

Altro esempio. La lettera di cambio enuncia — *valore ricevuto in mercanzia* — laddove il valore ricevuto è piuttosto in ispecie, in danaro. Vi ha supposizione di valore, o piuttosto della qualità del valore: vero è per altro che un valore è stato fornito. Se valore di sorta non è stato contribuito, si comprende, la causa dell'obbligazione mancherebbe, e qui la causa è ben evidente. Porrete adunque tutte le supposizioni sulla stessa linea, per trattarle in una sola maniera? Fra i due casi non trovate voi differenza alcuna?

La conclusione pratica dell'illustre autore è la seguente. Ai giudici l'esame dei fatti e delle loro circostanze, e ristabilire la verità. Ed avendo per guida la verità, pronunciare se la operazione sia o no legittima, sostenibile o no l'atto cambiario.

Nel discorso di NOUGUIER bisogna distinguere due tesi, una delle quali trova appoggio nella dottrina, l'altra è del tutto isolata dall'autorità ma non dalla ragione, io credo.

Se la supposizione cade *sulla qualità del valore somministrato*, e non sulla somministrazione del valore, la lettera di cambio, egli diceva, non potrebbe con ragione annullarsi. PARDESSUS aveva rivolto lo sguardo su questo punto di questione, e datone lo stesso giudizio (*Droit commercial*, num. 458). ALAUZET, in tempo molto più prossimo, ne ha convenuto. Il motivo di decidere non è precisamente quello di NOUGUIER, ma è tratto fuori dal testo. La *supposizione di valore* non vi si vede espressa in mezzo alle altre. Onde PARDESSUS ebbe a dire non esser questa una supposizione (1). La legge non ne parla, osserva ALAUZET con soluzione migliore. Non parlandone chiarisce di non avere voluto darvi la stessa importanza che alle altre supposizioni. Da ciò l'inferire che, soltanto nel caso in cui valore alcuno non fosse stato fornito, deve annullarsi la lettera di cambio (2). Io non credo che si possa opporre; e apprezzo anche la ragione di NOUGUIER.

L'altra tesi è generalmente respinta senza essere meno vera. LOCRÉ, la cui autorità è sempre rispettabile, attesa la originalità del suo commento, previde la difficoltà: « On « dira que, malgré la supposition de per« sonne, il est possible qu'il y ait un pre« neur, un tireur, un accepteur; que, mal« gré la supposition de domicile ou de lieu, « il se peut qu'il ait effectivement remise de « place en place; que comme le dol ne se « présume pas, la loi aurait dû permettre « d'éclaircir les faits, de juger avant tout si « les apparences trompeuses mais commandés « par des circonstances particulieres, ni ca« chent pas une réalité que les parties offrent « de justifier » (3). Ma la legge non lo permette, dice LOCRÉ, nè può tassarsi di severità eccessiva. Raro è che simili supposizioni non siano intinte di frode; ed è questo il fondamento della presunzione generale dell'art. 112 (il nostro art. 198). Provata la *supposizione*, ossia provato il mendacio di cui è macchiato il documento; perduta, a così dire, la sua verginità, la lettera di cambio non è più ammessa nel santuario; essa decade dalle prerogative riserbate alla innocenza. I giudici devono arrestarsi a questo primo aspetto. « On n'a pas « voulu permettre aux juges de rechercher *si* « *des apparences trompeuses ne cachent pas* « *une réalité* conforme aux prescriptions de la « loi » (BEDARRIDE, n° 124) (4).

743. Col rispetto di tutte le opinioni, io stimo preferibile in principio quella del NOUGUIER. La formalità, secondo io sento, non dev'essere per la formalità, ma custodire la sostanza delle cose. Il legislatore ha in mira un altro scopo: *che per ingannevoli apparenze non sia tradita la verità della operazione cambiaria*. Il quale scopo raggiunto, la severità disdegnosa che si attri-

---

dicembre 1814, citata dal suddetto autore, conformerebbe la sua conclusione. In opposto avrebbe giudicato la Corte di Metz nel 12 dicembre 1836 (*Journal du Palais*, tom. XXXVII, part. II, pag. 22).

(1) È difficile sostenere che chi dice una cosa per un'altra, e in effetto mentisce al vero, o nel poco o nel molto, non faccia una *supposizione* nel senso continuo onde il Codice usa la parola.

(2) Due decisioni della Cassazione francese su questo proposito del 25 gennaio 1815 e del 20 novembre 1817.

(3) *Esprit du Code de commerce*, art. 112.

(4) Io non credo che la nostra giurisprudenza italiana sia bene assestata su questo punto. Una sentenza della Corte di Genova del 2 giugno 1852 (BETTINI, II, pag. 518) dichiarava, che la *supposizione del trattario* riduce la lettera di cambio a semplice obbligazione di competenza del tribunale civile; *nè monta che la lettera sia stata tratta da un luogo dello Stato a una piazza estera*. La massima è spinta più avanti — *potersi tal vizio opporre anche dall'autore della supposizione*. — A questa opinione sembra accostarsi l'appello di Chambéry nella sua sentenza del 23 dicembre 1856 (*Gazzetta dei Tribunali* di Genova, 1857, pag. 584). Qualche anno più tardi la Corte di Casale (8 maggio 1855): *non essere viziosa* la lettera di cambio, dicevasi, *per ciò che vi sia supposizione da luogo a luogo, se il trasporto del danaro da piazza a piazza sia vero* (*Gazzetta dei Tribunali* di Genova, 1855, pag. 686).

Digitized by Google

buisce al legislatore, se non è una contraddizione, diventa ingiustizia. Tutelare l'interesse del commercio pare a me la ragione dell'articolo 198, come degli altri suoi colleghi formalisti; ed ogni tutela efficace e degna è nella verità obbiettiva. Qualche deviazione nei particolari, che non poteva essere artificiosa contro il fine che si è conseguito, non merita sì crudele repressione: dirò più: non merita che ad essa sia sagrificata la sostanza e la verità. Ammesso che ogni interessato ne abbia avuto scienza, se in pari tempo si è persuaso che la finzione di qualche circostanza fosse giustificata da eventualità non rare in commercio (1), fosse indifferente ed innocua, questa si chiama buona fede. E in tal caso in cui l'effetto voluto dal legislatore non manca, come potrebbe colpirsi colla sanzione dell'art. 198 un fatto innocuo protetto dalla presunzione della buona fede?

Rispetto grandemente l'autorità di Locré. Quel soffio di rigore avrà spirato, io non lo nego, nell'atmosfera in cui si veniva formando il Codice di commercio. Io porto però questa singolare opinione, che le stesse disposizioni testuali trasportandosi da un Codice all'altro in tempi diversissimi, vengano come ad assorbire qualche cosa dei tempi nuovi pei quali passano, e ricevano certe suscettività a più miti applicazioni. Lasciando pel momento l'ultimo periodo dell'articolo 198, che è un portato nuovo, esamino il testo e trovo che a volerlo intendere, senza preoccupazioni e come suona, non fa ostacolo all'intendimento che noi proponiamo.

Noi diciamo: allorchè, malgrado la cancellazione dei suppositi, la operazione cambiaria non è meno vera e reale, il testo dell'art. 198 non impone di considerarla *quale obbligazione semplice*. La legge parte dal punto che le supposizioni di cui favella, alterino la natura della operazione cambiaria. Rimane sotto la cambiale disfatta una obbligazione diversa, una obbligazione che la legge non definisce e non può definire: forse anche non ne rimane alcuna. Ma non è possibile dare alla costruzione del testo questo senso: ad ogni finzione incidente, qualunque sia, la lettera di cambio non è mai che una obbligazione semplice, benchè non men vera l'operazione cambiaria. Il dispetto di una inosservanza che non reca danno effettivo avrebbe prevalso nel senno legislativo, come si diceva più sopra, alla finalità contemplata.

743 *bis*. Così il tema ci porta pianamente a vedere gli effetti della supposizione.

Qui debbo portare, ad o[illegible] una guida, un altro passaggio di Locré: « l'iusieurs cours, tribunaux, conseils et chambres avaient demandé qu'on expliquât quel serait le caractère de l'effet quand il etait dépouillé du caractère de la lettre de change. — *Il n'était nécessaire ni possible de lui donner un caractère déterminé.* Tout à ce regard dépend de la forme de l'engagement, de son objet, de la qualité des parties entre lesquelles il existe. Ce sera, suivant les circonstances, tantôt un billet à l'ordre, tantôt un effet de commerce, tantôt une rescription ou un mandat » (2). Quindi quella specie d'indecisione, d'indeterminatezza della espressione legale — *semplice promessa* (3).

Si comprende come la lettera di cambio possa degenerare in un biglietto all'ordine, nella supposizione di luogo e domicilio, mancando la rimessa da piazza a piazza; si comprende ancora in qual modo non rimanga in vita fuorchè un mandato, risultando la supposizione di un qualunque valore somministrato, nella quale circostanza il prenditore o il creditore all'ordine non è che un mandatario (4).

Si comprende pur anco come al manifestarsi della supposizione scompaia talvolta ogni idea di vincolo giuridico e di obbligazione. Si scopre che sotto il nome di persona *sui juris* si celava un minore non abilitato al commercio: non ci sarebbe obbligazione di sorta (5).

Tutti questi schiarimenti sono necessari a provare su qual base riposi la giustizia dell'articolo 198 (Vedi anche i num. 710 e 721).

744. Affinchè siano rivelati i fatti nascosti nell'involucro menzognero della lettera di cambio, è indispensabile istituire un processo con materiali tolti fuori dal documento impugnato.

L'atto presentandosi commerciale nella sua forma estrinseca, ammette ogni specie di prova sì per attaccarlo che per difenderlo, e sotto

(1) Mi si permetta di ricordare anche una volta che molte se ne tollerano quasi necessarie, e richiamare il nostro num. 718.

(2) Note sur l'article 412 (*Esprit du Code de commerce*.

(3) *Obbligazione semplice*, secondo io avviso, non è una espressione migliore. In verità una *promessa* si vede scaturire da una lettera di cambio, comunque difettosa, ma non è sempre sicuro che ne derivi una obbligazione.

(4) Per cui tanto è che il valore non sia stato enunciato, o sia stato falsamente enunciato.

(5) Se i nomi sono immaginari niuno è che non vegga in che si risolva l'apparente contratto, almeno rapporto a quei nomi.

Digitized by Google

ogni aspetto la prova testimoniale è ammissibile. Di ciò niun dubbio. La ricerca del magistrato potrà forse essere limitata, o non dovrà piuttosto approfondire tutta intera la verità delle cose? Come potè asserire l'illustre Bédarride (1) esser ai giudici vietato lo investigare se le ingannevoli apparenze non nascondano una verità legale? Chi è che descrive intorno al giudice il circolo entro il quale le sue investigazioni devono arrestarsi? Chi gli impone di non conoscere la verità che a mezzo? Onde io ne concludo, che il magistrato non deve fermarsi alla superficie per vedere se la supposizione ci sia; ma deve eziandio esaminare quali effetti abbia prodotti in ordine allo scopo che il legislatore si prefisse nel riprovarle (2).

745. L'esame completo della questione di fatto avrà per risultato di conoscere in quale categoria di obbligazioni si discenda dopo distrutto il contratto cambiario; e la qualità da attribuirvisi, se civile o commerciale.

Sorge da ciò una disamina di competenza da trascorrersi brevemente in questo luogo, essendochè riportata alla competenza generale dell'ultimo libro, farebbe troppo distacco dall'argomento attuale.

La supposizione è un *quid absconditum* che dee provarsi, ed è un concetto che per implicito necessario ci arreca una forma cambiaria esteriormente perfetta. È chiaro che la lettera di cambio, nella presunzione di verità che la difende, è tale atto che attribuisce giurisdizione al giudice commerciale. A lui appartiene di conoscere sino al fondo, o per azione o per eccezione, la intera controversia (articolo 723 num. 2). Se la supposizione è dimostrata, diversi risultamenti possono uscirne; che la obbligazione ritenga carattere commerciale, comechè d'ordine inferiore; o si riduca ad una obbligazione civile; o lasci travedere che non è di veruna maniera obbligazione, ed è facile dedurne il contegno del magistrato nel primo e nel secondo caso: in quello si giudica, in questo si rimette la causa alla giurisdizione civile. È forse meno semplice la risoluzione del terzo caso?

Se il contratto risulti di mera apparenza e in veruna guisa obbligatorio, sembra che il tribunale di commercio, investito della cognizione principale, sia in tutta facoltà di dichiarare questo stato di cose e definire la lite. Tuttavia si convengono alcune distinzioni. Innanzi tutto, se la questione si susciti in via di azione, ovvero di eccezione. Se in via di eccezione, il tribunale di commercio può definire la lite. Tizio cita all'effetto che l'avversario Caio sia condannato in forza di una lettera di cambio. Caio prova le supposizioni, e ne consegue che dietro esse non rimane residuo alcuno di obbligazione, e tutto è nullo. Il tribunale di commercio, motivando il suo giudicato, rigetta la istanza. Ma pongasi invece che la controversia della supposizione si tratti *per via di azione*. Caio, facendosi attore, domanda l'annullamento della lettera di cambio. Chi ben guarda, vedrà che in codesta ipotesi il tribunale di commercio non ha dalla istanza della parte facoltà così estese come nell'altra. In quella può decidere il merito della causa, e tutto comprendere nella risoluzione, *rigetta la istanza ed assolve*, ecc. In questa egli è chiamato soltanto a dichiarare che non esiste una vera e propria lettera di cambio per le finzioni statevi introdotte; ciò deciso, il tribunale di commercio riserva le ragioni sulla esistenza o non esistenza di altra obbligazione, questione secondaria che va ad agitarsi avanti l'autorità competente.

Altro ancora conviene distinguere nella prima ipotesi, cioè che il quesito della supposizione sorga *per via di eccezione* sopra una istanza che chiede la condanna in virtù della lettera di cambio. Se la inesistenza dell'obbligazione subalterna è intuitiva, essendo fra gli attributi generali della giurisdizione commerciale il conoscere della eccezione in quanto perentoria a respingere la domanda (3), il tribunale di commercio decide definitivamente. Ma se la inesistenza di una obbligazione qualunque non è percepita dal giudice con assoluta chiarezza, non essendo allora il sostrato di una diversa obbligazione evidentemente escluso, niente osta che il giudice di commercio non possa riservare le ragioni, rimettendo il conoscerne all'autorità competente.

Può parer dubbio se, investito il giudice o tribunale di commercio di tutta la cognizione della causa in forza della istanza che chiede la condanna, ritenute le supposizioni, egli abbia la facoltà di condannare il convenuto non più come debitore cambiario ma in virtù della

(1) Le cui parole abbiamo citate in fine del nº 742.

(2) Ciò vale a confermare i precedenti postulati: visti i fatti nella loro verità, ritenere la operazione cambiaria malgrado qualche simulazione che allo scopo finale si mostrasse indifferente.

(3) Quando cioè non vi sia complicato un elemento di dubbio *sul diritto ereditario* (articolo 723, in fine).

Digitized by Google

obbligazione semplice e commerciale, che è il prodotto dell'esame approfondito della questione. Ossequente al principio della economia dei giudizi, io ritengo che a questo scopo il giudice possa spingersi sino al punto ove non incontri nella legge un ostacolo che lo fermi. Chi è investito della maggior cognizione lo è per conseguenza anche della minore. Poniamo l'esempio. Tizio commerciante domanda la condanna di Caio altro commerciante al pagamento di lire 4000, dovutegli per virtù di lettera di cambio, da costui accettata. Caio esclude i requisiti della lettera di cambio, nonostante egli è obbligato, deve la somma di lire 4000, ma senz'arresto personale. È una obbligazione commerciale semplice. Perchè il tribunale di commercio, nella sua competenza, non potrebbe pronunciar la condanna?

Il Codice di commercio francese (1) prescrive che qualora le lettere di cambio non saranno riputate che *semplici promesse* ai termini dell'articolo 112 (del nostro 198), il tribunale di commercio *deve rimettere l'affare al tribunale civile, se ne viene richiesto dal convenuto.*

È una cattiva legge che in luogo di considerare la competenza nel suo intento obbiettivo, la concede all'arbitrio di uno dei litiganti. Più imbrogliato, con pretensione di riuscire più comprensivo, era l'articolo 678 del Codice di commercio albertino. La compilazione del nuovo Codice di commercio italiano, visto il rappezzo, pensò a semplificare. Cominciò dal dire nell'articolo 723, n° 2, che alla giurisdizione commerciale appartiene la cognizione *delle controversie relative alle lettere di cambio se abbiano firme di commercianti*, benchè, riguardo a non commercianti, *abbiano soltanto il carattere di semplici obbligazioni civili.*

Se la giurisdizione commerciale è competente per giudicare eziandio *della obbligazione civile* in grazia della persona commerciante che l'ha sottoscritta, lo è di propria natura per conoscere della obbligazione commerciale semplice. Osservino però i forensi che questo articolo non risolve se il giudice di commercio possa e come possa decidere congiuntamente o separatamente la controversia della supposizione, al quale effetto spero siano per valere le mentovate avvertenze.

Un ultimo riflesso. Se la lettera di cambio si mostra imperfetta non *per via di supposizione, ma di esposizione*, cioè nel suo estrinseco, da tale sua imperfezione evidente può ciascuno fare giudizio a quale categoria di obbligazioni appartenga, e quindi pigliar regola della competenza (2).

746. Da chi e contro chi può esser apposta la eccezione della supposizione in una lettera di cambio?

Dall'autore della simulazione contro il proprio complice?

Noi ci poniamo nel punto di vista del creditore, che si prevale dell'apparente lettera di cambio per costringere il traente a pagarla anche coll'arresto personale (3).

Si dirà forse che il traente è il vero autore della lettera; ch'egli ha finto nomi o luoghi; che a lui spetta sopportarne le conseguenze; che non deve profittare della propria frode. La Corte d'Agen risolvendo la questione, con senno avvertiva: « Le tireur a subi la loi qui « lui était imposée par celui en faveur de qui « la lettre de change est souscrite, et que la « simulation provient de fait de ce dernier; « parceque, d'un autre coté, c'est une fraude « à la loi qui dans l'intérêt publique ne permet « à personne de le soumettre à la contrainte « par corps en matière civile hors les cas spé- « cifiés de la loi (4).

Questa decisione addita l'autore della frode in colui al quale la frode è utile. Vede nel simulato traente l'uomo che ha subito la dura legge del bisogno, sino a sottoscrivere il proprio arresto personale. Una legge d'ordine pubblico è stata violata; non si può, neppur volendo, sommettersi a condizioni che la legge riserba a certi casi ch'essa sola ha diritto di determinare.

Sono ragioni assai gravi. Non si accorda al traente un favore, quasi guadagno, della sua frode; piuttosto si nega il favore della frode ad altri su cui ricade principalmente la colpa. Chiunque sia concorso o nella costruzione della tratta o l'abbia con scienza del vizio acqui-

(1) Articolo 636, al quale corrispondeva l'art. 606 del Codice di commercio pontificio.

(2) Io ho consultata la mia ragione per dar ordine a questo sistema della competenza, poichè se leggasi tutto ciò che è stato scritto in proposito dai francesi, non può evitarsi la confusione. Per chi volesse convincersene, indico Pardessus, num. 1348 e 1349; Nouguier, chap. xiii. Bédarride, avverso agli altri due, ritiene in effetto la competenza del tribunale consolare. Anche la giurisprudenza suonava a discordia, e non arrivava a fissarsi.

(3) Lasciamo per un momento da parte l'accettante; mettasi anzi che la cambiale non sia stata accettata.

(4) Agen, 19 dicembre 1836 (*Journal du Palais*, t. xxxvii, xxii, 55); Cassazione francese, 22 giugno 1825.

Digitized by Google

stata a fatta sua, non può sfuggire alla eccezione della supposizione. È un principio messo già fuori di disputa (1).

Ma prima ancora che una legge lo dichiarasse (2), e dove legge non esisteva, era stata generalmente applaudita la massima che pel terzo di buona fede una lettera di cambio, esteriormente incensurabile, è una vera lettera di cambio a tutti gli effetti. Anche a quello dell'arresto personale?

In questo solo punto le opinioni si dividono. E la contraddizione si è notata nella stessa magistratura, nella Corte di Parigi che tiene il seggio dell'esperienza in materia commerciale. Nel 19 giugno 1852, indi nel 19 aprile e 24 novembre 1854 è in ogni parte favorevole al creditore di buona fede; nel mezzo tempo (14 novembre 1853) cangia parere, e dice che una obbligazione, che nel fondo non è punto una lettera di cambio ma una semplice promessa, non può di sua natura avere l'effetto di costringere persona non commerciante a pagare sotto la comminatoria dell'arresto personale (3).

La questione mantiene una certa gravità in confronto della nuova legge.

L'art. 198, dopo avere stabilito che *le lettere di cambio che contengono obbligazioni, ecc., sono semplici obbligazioni quanto a tutti*; soggiunge: *eccettuato il terzo possessore se non si prova la sua intelligenza o cooperazione nella simulazione*. La dizione è stata non senza motivo censurata da un ingegnoso annotatore (4).

Dal discorso che fin qui ho fatto intorno all'articolo 198 è risultato, io credo, che la sua redazione, se rispettabile pei suoi precedenti legislativi, non è un modello, e qualche cosa alla sua riputazione d'inesattezza è per aggiungere l'ultimo periodo ora nato dal laudabile scopo di chiarire un concetto che rimase sempre implicito nelle altre redazioni. Quell'inciso *quanto a tutti* ingenera la idea di una estensione che a pensarci si trova esagerata. E significa *chiunque non è terzo possessore*. Ma questo *terzo possessore*, che è di perfetta nostra conoscenza rispetto alle azioni immobiliari, che è nella materia cambiaria? Nel presente Titolo ricorre frequente la parola *possessore* della lettera di cambio (5), per indicare colui che altrimenti dicesi *presentatore*, *portatore* della lettera di cambio; in altri termini, *il possessore ultimo o attuale* della lettera di cambio. Se non m'inganno, la espressione *terzo possessore* è qui singolarmente usata, con uno intento pure speciale: ed è riferibile a colui che non ebbe parte e mano nella fabbricazione della lettera; che *possiede* o *porta* la lettera, ossia è l'attual creditore; ed anche *terzo*, cioè estraneo, insciente, di buona fede. Stanno adunque fuori di questa perifrasi il traente e l'accettante; e si considerano i possessori soltanto, in quanto *terzi*, e del vizio ignoranti. I *giranti*, spogliatisi dell'effetto commerciale, non sono possessori nè terzi nè quarti, e non saranno compresi nella immunità semprechè si trovino nella stessa condizione di buona fede? La scienza e la giurisprudenza, che diedero solido appoggio a questa piuttosto dichiarazione che nuova disposizione, sono là per renderne testimonianza (6). Cosicchè con un po di pazienza si arriva a comprendere il senso dell'articolo 198, e si trova giusto e morale limitando gli effetti dannosi della colpa a coloro che ne sono imputabili.

Ora può riprendersi il quesito formolato nell'esordio di questo numero, e chiedere se il portatore, o possessore che dir si voglia, della lettera di cambio, viziosa ma di vizio da lui ignorato, possa esercitare contro i debitori tutti i diritti scatenti da perfetta lettera di cambio e da perfetta operazione cambiaria, mentre nella sostanza tale non è la negoziazione di cui si tratta.

Abbiamo di sopra dato conto delle due principali obbiezioni che si ravvicinano quasi a confondersi: 1° la materia dell'arresto personale essere d'ordine pubblico; 2° essere disposizione non meno assoluta che l'arresto personale non si pronunzia *contro i non commercianti*

(1) Cassazione francese, 22 novembre 1847; Corte di Parigi, 2 dicembre 1854, 10 gennaio 1855, 5 febbraio, detto anno; ALAUZET, *Comment.*, num. 800; NOUGUIER, num. 211. E s'inferisce direttamente dal nostro articolo 198.

(2) Ed è la nostra che ha raccolto questo portato della dottrina giuridica, ha consacrata questa verità già riconosciuta.

(3) La stessa Corte suprema di Francia rimase incerta, e quasi si sgomentò della questione, come dalla sua sentenza del 18 marzo 1819, riferita da ALAUZET, *Comm.*, num. 800.

(4) AVV. LISSONI (Milano, 1866).

(5) Per esempio, negli articoli 204, 211, 213, 223, 231, 234, 242, 243, e in ogni parte della sez. XI.

(6) Ai citati in una nota superiore aggiungo DELVINCOURT, tom. II, nota 2, pag. 79; HORSON, qu. 19, p. 172; BRAVARD, p. 230; RIVIÈRE, al tit. *De la lettre de change*, pag. 201; Cassazione francese, 10 marzo 1849; Bruxelles, 30 dicembre 1814; Bourges, 26 marzo 1849.

Digitized by Google

se non condannati per tratta avallo, ecc., *lettera di cambio, biglietti all'ordine che dipendono da causa commerciale* (art. 727, num. 3). Una lettera di cambio infetta di supposizioni, firmata da non commerciante, e ne' suoi termini di verità pura obbligazione civile, avrà lo esorbitante effetto di cui parliamo per quanto voglia attribuirsi di favore ai terzi di buona fede? L'articolo 198 non lo esprime letteralmente; e in qualunque menomo dubbio, *pro libertate respondendum est* (1). Nè perciò resterà priva di effetto la disposizione dell'articolo 198. L'arresto personale non è la sola prerogativa, se tale può chiamarsi, attaccata alla lettera di cambio; ve ne hanno altre; quella per esempio di propulsare tutte le eccezioni personali che si volessero sollevare dai debitori a ritardarne la immediata esecuzione (art. 234). Un giorno che si abolisse l'arresto personale in fatto di commercio, sarebbe dunque impossibile una disposizione simile a quella dell'articolo 198? (2).

Quantunque io sia per sentimento disposto ad accogliere le conclusioni più miti, la ragione del commento me lo divieta. Poichè il testo parla abbastanza chiaramente, che rispetto ai terzi di buona fede la cambiale coi suoi dati apparenti è una cambiale vera, e non una semplice obbligazione. Dirò con NOUGUIER (n° 212), non è permesso distinguere ove la legge non distingue, nè si può togliere alcuno dei diritti annessi al possesso legittimo della lettera di cambio. Il riflesso è decisivo, onde facilmente cadono le obbiezioni. Un altro principio di moralità sostiene questa legge, e rimuove qualsivoglia idea di offesa all'ordine pubblico. La legge proclama: è una lettera di cambio per quelli che voi miraste ad ingannare; l'inganno ricade su di voi; innanzi al fatto doloso non si può invocare la immunità accordata al non commerciante nel caso semplice dell'art. 727 num. 3. La condanna che è per seguirne sarà precisamente conforme al modo preveduto dal detto articolo, e per conseguenza letterale la sua applicazione.

Articolo 199.

La sottoscrizione di donne non commercianti sopra lettere di cambio, ancorchè solo nella qualità di giranti, non è riputata riguardo ad esse che una semplice obbligazione.

Articolo 200.

Le lettere di cambio sottoscritte da minori non commercianti sono nulle riguardo ad essi, salvi i diritti rispettivi delle parti a norma dell'articolo 1307 del Codice civile.

747. *Considerazioni generali intorno all'articolo* 199.
748. *La moglie abitualmente non commerciante, se autorizzata dal marito a sottoscrivere una lettera di cambio, è obbligata a tutti gli effetti del contratto cambiario, o non contrae che una semplice obbligazione?*
749. *La moglie non commerciante che firma una cambiale insieme al marito commerciante si obbliga in solido con esso lui?*
750. *Del minore non commerciante.*
La lettera di cambio sottoscritta da un inabilitato e dal suo curatore non costituisce almeno una semplice obbligazione a suo carico?
751. *La eccezione di nullità derivante da incapacità può opporsi anche ai terzi di buona fede. Criteri della buona fede.*

(1) Una grande inclinazione per decidersi in questo senso avranno quelli specialmente che condannano questo odioso rimedio come contrario alla civiltà dei tempi, e rammentano gli esempi recenti di altri paesi.

(2) Diciamo così perchè delle supposizioni si occupano in effetto anche altre legislazioni commerciali, sebbene con non maggiore accuratezza. Non tutte però: qualche legislazione germanica tace e si regola coi principii generali. Quale richiama semplicemente l'articolo 112 del Codice di commercio francese, malgrado i suoi difetti. L'articolo 102 del Codice olandese aggiunge parole simili a quelle colle quali si termina il nostro articolo 198. Così pure il Codice delle Due Sicilie (articolo 112).

Digitized by Google

Dei minori per fatti dolosi pareggiati ai maggiori nella obbligazione. Benchè tenuti in pœnam alla indennità, non perciò la lettera di cambio, come tale, potrebbe sostenersi. 752. *La nullità della lettera di cambio non è che relativa; conseguenze che ne derivano.*

747. La nostra legislazione proclama in principio la capacità giuridica delle donne di età maggiore. Noi troviamo che l'articolo 1105 (del Codice civile) è abbastanza generale per comprenderle; la loro facoltà contrattuale si restringe se maritate (articolo 1106) (1). Ritorna intera qualora *esercitino la mercatura* (articolo 135 n° 3 dello stesso Codice civile). Se non che l'esercizio della mercatura in luogo di essere una limitazione della limitazione, è un fatto che presume l'adempimento di quegli obblighi di sommissione e dipendenza che la moglie ha verso il marito. In questo senso il Codice di commercio negli articoli 7, 8 e 9, da noi a suo luogo esaminati, completa i disposti del Codice civile intorno alla estensione dei diritti maritali, e dimostra ciò che non dice l'articolo 135 n° 3, intendo le condizioni per le quali il prefato esercizio può esser autorizzato.

Passata per questa via di adesioni e di autorizzazioni, la donna maritata emerge commerciante nel più lato senso della parola, e può sottoscrivere nella sua responsabilità personale quante a lei piace lettere di cambio.

L'articolo 199 ci scuopre un aspetto nuovo. Suppone una donna *non commerciante* bensì nel pieno uso delle sue facoltà contrattuali, d'età maggiore, non soggetta alle restrizioni impostele dallo stato di matrimonio (2). Una donna insomma che può validamente obbligarsi come qualunque altro cittadino *sui juris* può farlo in relazione ai principii del Codice civile. Or bene, una tal donna può far tutto, meno una cosa: incontrare una obbligazione cambiaria propriamente detta.

Evidentemente la legge di commercio ravvisa nella sottoscrizione di una lettera di cambio la più grave e la più rischiosa delle obbligazioni commerciali. Noi non abbiamo voluto essere più arditi di molti altri legislatori nel proclamare la emancipazione giuridica della donna, e abbiamo divise un certo ribrezzo di abbandonarla alle conseguenze di una imprudente accettazione di una lettera di cambio (3). Ma per venire a quello, era necessario al Codice di commercio di farne una disposizione espressa. E ciò non solamente perchè il Codice civile, meno le restrizioni accennate, parifica la donna nella capacità contrattuale a qualunque altro cittadino, ma perchè la stessa legge di commercio lascia ai non commercianti la piena facoltà di obbligarsi *usque ad sanguinem*, mi spiegherò così, per via di lettere di cambio al pari di ogni commerciante abituale (art. 723 num. 2, art. 727 num. 3), siccome ad ogni persona non commerciante permette atti di commercio (4), che con minore prospettiva di lucro espongono a pericoli non meno gravi chi inesperto e improvvido vi si affida.

L'incapacità della donna non commerciante a contrarre obbligazione cambiaria è assoluta. In qualche legislazione la donna che sottoscrive una lettera di cambio viene esentata dall'arresto personale (5); e ne consegue che essa può contrarre obbligazione cambiaria, toltone questo solo effetto. Noi abbiamo adot-

(1) In costanza di matrimonio, a rigor di termini, la donna non è *incapace*, ma piuttosto inabilitata a contrattare senza l'autorizzazione del marito.

(2) Facciamo precedere questa ipotesi per maggior chiarezza; un po' più avanti vedremo nascere la questione.

(3) In generale le legislazioni di commercio hanno stanziato codesta speciale incapacità della donna (Legge generale di cambio alemanna del 24 novembre 1848, articolo 3; Codice di commercio di Wurtemberg, articolo 337; prussiano, art. 71, 3, 718, 723; ungherese, art. 9, 11, 13; russo, articolo 290; spagnuolo, art. 3, 4, 5; portoghese, articolo 18 e 19, ecc.). L'Ordinanza francese del 1673 e la Legge del 15 germinale, anno VI, ingiungendo l'arresto personale contro i soscrittori della lettera di cambio, ne eccettuava *les femmes*, *les filles*, *les mineurs*.

(4) Il poter assumere obbligazioni d'ogni maniera anzichè una permissione delle leggi, è l'effetto del naturale arbitrio e della libertà.

(5) Per esempio la legge generale germanica del 24 novembre 1848, che comincia (come in vero si dovrebbe) dallo stabilire i principii della capacità, pone nel 1° articolo che chiunque può obbligarsi per contratto, può obbligarsi eziandio in una lettera di cambio, indi rapporto agli effetti, ossia alla estensione della obbligazione esonera dall'arresto personale, gli eredi, i rappresentanti di corporazioni ed altre persone morali, *le donne non commercianti* (articolo 5°).

tato il partito più favorevole o più mite: la donna non commerciante non contrae che *una semplice obbligazione*.

Nella espressione tanto estesa — *la sottoscrizione di donna non commerciante sopra lettere di cambio*, ecc. — si contiene qualunque aspetto dell'obbligazione cambiaria; vuoi la donna traente girante od accettante. L'articolo 199 non accenna a quest'ultima qualità, ma è sottintesa. Anzi l'argomento vale *a fortiori*. Chi accetta assume la maggior mole di obbligazioni che possa concepirsi in una lettera di cambio (1).

Quello effetto pertanto che deriva della supposizione secondo l'articolo 198, nasce dal difetto di capacità della donna non commerciante. Incapacità *parziale*, io diceva, incapacità a certi atti più compromettenti (2), mentre sottraendosi a più rovinose conseguenze, la donna rimane tuttavia obbligata.

748. Sono questi i corollari che discendono spontaneamente dall'articolo 199; altre considerazioni correlative e meno evidenti possono lasciare qualche dubbiezza meritevole di esame.

Se la moglie, abitualmente non commerciante, è autorizzata dal marito a sottoscrivere una lettera di cambio, è dessa obbligata a tutti gli effetti del contratto cambiario, o non contrae che una semplice obbligazione?

La moglie autorizzata espressamente o anche tacitamente dal marito (art. 7) può esercitare il commercio in tutta la sua estensione. Può quindi emettere validissimamente lettere di cambio. Ora, se il marito è contento ed approva la obbligazione cambiaria della moglie sua, come non sarà essa pienamente valida?

L'argomento è specioso, ma non ha sostanza. La donna che emette cambiali, perfette e vere cambiali, esponendosi a tutte le conseguenze, è colei che esercita il commercio. La donna non commerciante che fa o sottoscrive delle cambiali, non si obbliga in forma cambiaria. Se questa donna è maritata, sottostà a vincoli maggiori. Non può fare alcuno di quegli atti e contratti che le sono vietati dall'articolo 134 del Codice civile. Perciò, dato che la lettera di cambio importi taluno di quegli atti e contratti (3), la donna maritata *non si obbligherebbe di veruna maniera*, senza l'autorizzazione del marito. E se ne viene autorizzata, in quale situazione si trova? In quella precisamente in cui sarebbe se fosse libera di obbligarsi; e nonostante soscrivendo una lettera di cambio non si obbligherebbe in forma cambiaria.

A tal effetto è sempre d'uopo alla donna avere l'esercizio abituale della commercialità, esercizio che ha per condizione il placito maritale (articolo 7), ma non nasce, non si verifica colla creazione isolata di qualche cambiale, che figura piuttosto il dissesto famigliare e una specie di degradazione economica quando non sia un istrumento naturale del commercio che si esercita. La legge non si sgomenta nel vedere una donna commerciante trarre delle cambiali; sanno bene quello che fanno le donne (*avarum genus*) allorchè si trovano al loro posto e circondate delle risorse e dei lumi opportuni; ma la legge teme i fatti saltuari, improvvidi, inspirati ora da certe tenerezze del sesso e da consigli che subiscono, ora prodotti da momentanee illusioni, da inesperienza.

Quantunque l'art. 134 (Cod. civ.) non dichiari letteralmente che un'obbligazione (non cambiaria, essendo in tal caso nell'ordine più elevato delle obbligazioni), ma quella che deriva o può derivare da una lettera di cambio imperfetta, è inibita nello stato di moglie, la obbligazione, in qualunque modo voglia qualificarsi, non potrà non ricadere in qualcuna delle specie obbligatorie nel prefato articolo indicate. Vi è della cessione, dell'alienazione di diritti, o l'elemento sostanziale del mutuo e del prestito: laonde non possono sfuggire alla disciplina dell'articolo 134 e alla sanzione dell'autorità maritale, altrimenti sono invalide ad ogni effetto.

749. Ma non sarebbe valida una lettera di cambio che la donna maritata firma insieme al marito commerciante, e quindi in solido con esso lui?

Confesso che a me la controversia non si presenta grave, malgrado un certo rumore che ha destato nel foro francese.

Il commerciante *A.* sottoscrisse insieme alla moglie un biglietto all'ordine del sig. *B.* La donna sosteneva nullo rispetto a lei il biglietto per inosservanza dell'articolo 1326 del Codice civile (4). Il sig. *B.* rispondeva che la qualità di commerciante che doveva riconoscersi nella

(1) Neppure l'accettazione sulla lettera di cambio tratta dal marito si considera obbligo cambiario, secondo Buchel (*Bibliothèque de droit*, mot: *acceptation*, tom. 1, pag. 17).

(2) *Parziale*, perchè la obbligazione non è nulla per ciò solo che la lettera di cambio sia soscritta da una donna non commerciante, ma rappresenta una obbligazione d'inferior grado. *Assoluta* però rapporto all'effetto cambiario.

(3) Ora lo vedremo.

(4) Mancando alla soscrizione *il buono ed approvato*, riprodotto nell'art. 1326 del Codice civile.

gitized by Google

moglie di *A.* la inabilitava a proporre una tale eccezione (1). Il tribunale di commercio e la Corte di Douai andarono per questa via (2). Trovarono che la donna del commerciante vale quella di un artigiano; che (e qui stava il forte) se la moglie di un artigiano è un'artigiana, quella del commerciante è una commerciante (viscontessa la moglie del visconte): e di questo passo si concluse che la donna era coobbligata nell'atto commerciale in solido col marito (3).

Invero vi è più di storia curiosa che di attualità in siffatta controversia. Il nostro Codice civile ha abbandonata la mal digesta appendice del francese articolo 1326 (4); ora giova sapere che la questione ci fu; ma può essa rinascere presso di noi, e sotto qual punto di vista potrebbe osservarsi?

La moglie di un commerciante non è, per quanto intima la logica coniugale, non è per ciò solo una commerciante. Qualche tratto che ha relazione a questa materia si riscontra ai num. 71, 75 *bis*, 77, ecc., ed ivi fu da noi, e con ragione, ritenuto l'esercizio ben distinto della commercialità fra i coniugi. Ora il vedere la soscrizione di amendue sulla stessa carta commerciale, come si spiega rapporto alla intenzione e in ordine agli effetti? La intenzione non è dubbia: i coniugi hanno voluto obbligarsi in solido, ma lo hanno essi potuto? Noi ci teniamo sempre nei limiti stretti del nostro art. 199, raffigurandoci la lettera di cambio. La evidente intenzione degli obbligati, il modo delle soscrizioni, il concorso simultaneo del marito, sono fatti capaci di trasportare la obbligazione della donna fuori della sede dell'articolo 199 e attribuirvi il carattere cambiario? No; la legge non cura l'intenzione nelle obbligazioni formali. Nel resto la moglie si obbliga validamente, perchè si obbliga sotto il presidio dell'autorizzazione maritale, non però in quanto abbia sottoscritto una lettera di cambio. *È pure tenuta in solido col marito verso il creditore della tratta?*

Si potrà dire vagamente contro la solidarietà, che dal momento che noi riconosciamo due obbligazioni di diversa natura, benchè derivanti dal medesimo atto, il concetto della solidarietà perde la sua consistenza. L'uomo commerciante è tenuto sotto quelle pressanti procedure che incalzano i debitori di titolo cambiario, privato in faccia ai terzi del diritto di opporre eccezioni personali o reali che non risultino dal tenore letterale della lettera di cambio; soggetto a tutte le responsabilità di uno stato di fallimento, se a tanto si arrivi; soggetto all'arresto personale. La donna non commerciante soffoca assai meno entro la sua obbligazione, la quale dista di tanto da quella del marito quanto un'obbligazione civile dista dalla cambiaria nel sommo rigore della parola.

Bisogna rimontare alla nozione della solidarietà già posta nella legislazione civile. La trovate nell'articolo 1186. Poi viene il 1187, così espresso: « La obbligazione può essere in « solido, ancorchè uno dei debitori *sia obbli-* « *gato in modo diverso dall'altro* al pagamento « della medesima cosa; come quando l'obbli- « gazione è condizionale e semplice quella del- « l'altro, ovvero se uno ha un termine a pa- « gare che non è concesso all'altro » (5). Cade in presenza di questo teorema l'argomento della non solidarietà *dedotto dalla diversità delle obbligazioni*. Al modo della obbligazione corrisponde un procedimento e un modo di esecuzione proporzionato al carattere ed energia della stessa obbligazione. Si arriverà forse più tardi, non si arriverà sempre, a stabilire la esistenza della obbligazione; ma una volta esistendo, la solidarietà per la natura della coobbligazione, quantunque impari nella sua efficienza giuridica, esiste: ciascuno dei debitori sarà tenuto *alla totalità*, e il pagamento fatto da un solo avrà l'effetto di liberare verso il creditore il correo *debendi*.

Ad esimere pertanto la moglie dalla solidarietà, bisogna studiare altri argomenti.

---

(1) La disposizione non si applica alle materie commerciali (articolo suddetto). Vero che l'articolo 1326 del Codice Napoleone, nel suo ultimo periodo che contiene l'eccezione, è diverso. « Si eccettua il caso in cui la polizza o promessa suddetta si rilasci da mercanti, artigiani, lavoratori, « vignaiuoli, giornalieri e servitori ».

(2) SIREY, vol. XIV, part. II, pag. 26.

(3) Nel 1858, quando dai tipi della società tipografica belga usciva una nuova edizione del PARSIL, si notava questo stato della giurisprudenza sugli insegnamenti dalla Corte di Douai, la Corte di Riom (23 gennaio 1829, SIREY, vol. XXXI, part. II, pag. 58), e quella di Montpellier (29 gennaio 1835, SIREY, vol. XXXV, part. II, pag. 336).

Contro. La Corte suprema (23 maggio 1823, SIREY, vol. XXIV, part. I, pag. 112), e la Corte di Parigi (20 marzo 1830, idem, vol. XXI, part. II, pag. 174).

Avevano scritto sulla controversia MERLIN (v° *Lettre de change*, § 3, num. 3); TOULLIER, lib. III, t. III, chap. 6, num. 284, ecc. DURANTON, sull'art. 1326 del Codice Napoleone.

(4) L'aveva pur anco abbandonata il Codice civile Albertino (articolo 1424), e mantenuta il Codice, però molto anteriore, delle Due Sicilie.

(5) ZACHARIAE, tom. I, § 298, num. 3; DURANTON, tom. VI, pag. 288.

La *obbligazione semplice* della moglie è civile o commerciale? Qui sta il nodo. S'essa è commerciale, non veggo come si potesse sfuggire alla regola cardinale dell'articolo 90. La solidarietà sarebbe di diritto

Una donna può obbligarsi commercialmente non essendo commerciante? Perchè no? Qual legge le vieta questa maniera di obbligazione s'essa gode della pienezza delle facoltà che compete ad ogni altro cittadino (1), e solo è scritta apposta per lei la limitazione dell'articolo 199?

Sì, la donna non commerciante, se maritata consenziente il marito, può obbligarsi commercialmente ai termini dell'articolo 2 n° 7, cioè dimostrandosi dal creditore che la causa del biglietto all'ordine è commerciale. Si obbliga pure commercialmente nei casi in lunga serie enumerati dal detto art. 2°. Una donna senza fare professione di commercio può intricarsi in una società commerciale ed assumere gl'impegni corrispondenti. Ma delle cambiali non può nè fare nè cedere, quantunque possa acquistare. Alla fin dei conti tutta l'importanza della proibizione si riduce al non volersi esporre alla prigione, mancando al debito.

La legge ha avuta la sua ragione vietando alla donna *la lettera di cambio* e non il biglietto all'ordine: ed è, che la struttura della lettera di cambio ha intrinseca la causa commerciale. Rapporto ai biglietti all'ordine deve essere dimostrata (articolo 2 n° 7, art. 3 n° 2). Vero è che la proibizione della lettera di cambio si trae facilmente al biglietto all'ordine, che avendo causa commerciale darebbe luogo all'arresto (articolo 727 n° 3).

Ma la nostra questione si è: la lettera di cambio sottoscritta dalla moglie non commerciante insieme col marito commerciante, ha almeno la presunzione della causa commerciale? Se così si ritiene, esiste la solidarietà, almeno presunta; e non esiste nel caso contrario.

La donna non è obbligata *agli effetti* della lettera di cambio; ma è obbligata *dalla* lettera di cambio. Difatti la lettera di cambio non è nulla per essa *quoad obligationem*, come pel minore, anzi la costituisce sebbene di grado inferiore. Questo discorso non ha replica. Nondimeno vi è tanto per ritenere che la obbligazione della donna che ne risulta *è civile, non commerciale*, eccetto che la causa commerciale sia d'altronde provata.

Rispetto alla donna come rispetto a coloro che dimostrano il vizio della supposizione della lettera di cambio, questo atto rimane spogliato di ogni sua prerogativa cambiaria, privilegiata, e persino commerciale; e non lascia che un fondo, un sedimento, direi così, di obbligazione, che può anche dissiparsi vagliandola, e dovrà in ogni caso ridursi alle proporzioni della realtà. Così formolata la teoria, si vede aperto che nulla può opporsi alla donna se non la volontà e la intenzione di concorrere col marito nello stesso debito che facilmente sarà stato contratto nell'interesse ben conosciuto della famiglia. Io convengo pienamente che la causa ad obbligarsi sarà presunta (art. 1121 del Codice civ.), ma nei fatti del non commerciante la causa si presume non commerciale ma civile (2). E in tale stato di cose non havvi solidarietà, non essendo espressa (art. 1188 del Codice civile) (3).

750. *Dei minori non commercianti.*

L'articolo 200 ha la più stretta attinenza coll'articolo 4. Sono inibiti a fare atti di commercio d'ogni maniera (articolo 6), non che ad obbligarsi in forma cambiaria. Si è fatto bene a dichiararlo; chè mai di costa all'altra disposizione che faceva rampollare dalla lettera di cambio una obbligazione per la donna non commerciante, non si fosse traveduto qualcosa di simile per un minore. Bastavano del resto i principii generali che annullano ogni atto obbligatorio del minore.

Si parla del minore e non dell'*interdetto*, compreso però *de jure* in codesta disposizione proibitiva, col nesso dell'articolo 329 del Codice civile. « L'interdetto è in istato di « tutela. — Le disposizioni relative alla tutela « dei minori sono comuni alla tutela degli in- « terdetti ».

Anche l'*inabilitazione* è la negazione della commercialità. Benchè l'articolo 339 del Codice civile non si esprima intorno alla lettera di cambio, s'intende che chi non può far il meno, non può fare il più. Aggiungesi: che la lettera di cambio non starebbe *neppure coll'assistenza del curatore*, sorgendo l'altro ostacolo che deriva dalla posizione sociale dell'inabilitato, di non potere cioè esercitare il commercio che è l'atto più libero del mondo.

La lettera di cambio, sottoscritta dall'inabi-

(1) Salvo la soggezione matrimoniale, come si è detto tante volte.
(2) Argomento *a contrario sensu*, dell'articolo 3 num. 3°.
(3) Vedi intorno alla solidarietà le nostre osservazioni sull'art. 223.

Digitized by Google

litato e dal curatore, non formerebbe almeno una semplice obbligazione?

È un punto di vista nuovo; ma calcolando per così dire l'insieme del sistema che per certe persone toglie alla lettera di cambio ogni e qualunque efficacia, e per altre, annullandola come tale, vi lascia dentro la radice, il germe, la causa di una obbligazione, sarei nell'idea che una tale lettera di cambio sottoscritta dall'inabilitato e dal curatore, o da lui autorizzata e confermata, valesse obbligazione semplice al pari della donna non commerciante.

---

751. Le eccezioni che nascono dalla civile incapacità di colui che sottoscrisse una lettera di cambio sono opponibili a chiunque, non esclusi i terzi che siamo soliti appellare di buona fede. Una parola su questa buona fede.

La buona fede *è una relazione di fatto*, non una relazione di diritto. Il fatto è lecito ignorare, il diritto non mai da chi possiede le facoltà acconcie a pensare il diritto. Tale carattere di assolutezza del diritto costituisce la generalità della sua efficacia. La forma parla ai sensi, e chi sa leggere ne comprende il significato e ne misura gli effetti. Quando voi avete data questa norma agl'interessati che fanno massa intorno ad una lettera di cambio, ignari della sua formazione originaria, avete già radicato in essi una credenza inviolabile che quanto ivi si trova scritto sia vero. Ma dietro la firma ci sta sempre qualche cosa di metafisico e ideale che l'inchiostro non esprime con qualsiasi affermazione. Questo qualche cosa d'ideale o di metafisico *è la capacità*. Naturale per essenza, moderata negli effetti dall'arbitrio legislativo, la capacità si lascia presumere dai terzi, acquisitori giranti e giratari di una lettera di cambio, per solito lontani dalle persone dei primi contraenti, non informati, e che fuori di sospetto non curano d'informarsi. *Quoad coscientiam* sono costoro in buona fede precisamente come della esistenza delle qualità cambiarie che hanno potuto leggere nel frontispizio della lettera. Se non che questa seconda specie di buona fede non è tutelata come l'altra. Là presumevano il fatto e andava bene; qui presumono il diritto, e potrebbero cadere in fallo irreparabile. Fra i firmatari potrebb'essersi imbrancato un minorenne del quale non si accorsero. Questo minorenne guasta tutto. I terzi non possono averlo dotato della capacità che non aveva soltanto per averla creduta. Allora, un po' troppo tardi, sentiranno che conveniva informarsene (1); dovranno confessare che la legge è giusta. Così quando una legge merita veramente il sacro nome di giusta, s'impone alle menti per la stessa sua giustizia, e ci raggiunge nel segreto della coscienza ove Dio si rivela per mezzo della ragione.

Perciò si è potuto scrivere con tutta sicurezza, che il minore può opporre la nullità della lettera di cambio da lui sottoscritta non solo al beneficiario (al creditore che ne dispone la prima volta) ma eziandio al terzo portatore (2). Una riserva però vediamo scritta nella legge che si richiama all'articolo 1307 del Codice civile.

È questo un suggerimento della equità naturale, una santa riserva (3), ed anche un principio intorno al quale non è mestieri estendersi; devesi però avvertire che una lettera di cambio sottoscritta da un minore non ne trae argomento per sostenersi (4). La nullità pronunciata dall'articolo 200 del Codice di commercio e dalla ragione giuridica generale è inevitabile, ma chi avesse pagato somme a vantaggio del minore, p. es. soddisfacendo un suo debito, avrebbe tutto il diritto di esserne rimborsato.

Due altre disposizioni del Codice civile si collegano con questa riservata; e sono verdi ugualmente malgrado il silenzio del Codice di commercio (articoli 1305, 1306) (5). La mercè

(1) *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (L. 19 D. de reg. jur.).

(2) Alauzet, *Comment.*, all'articolo 114 francese (num. 809), e tutti gli scrittori. Qui poi abbiamo chiarissimo il testo dell'articolo 200.

(3) Articolo 1307 del Codice civile: « Nessuno « può pretendere di essere rimborsato di ciò che « ha pagato ad un minore, a un interdetto, a un « inabilitato, a una donna maritata in forza di una « obbligazione che rimanga annullata, ove non « provi che quanto fu pagato venne rivolto a vantaggio dei medesimi ».

(4) Fosse anche sottoscritta dal tutore, non sarebbe meno invalida come lettera di cambio, qualora il tutore si fosse sottoscritto nella sua qualità; ma obbligherebbe ad altri effetti, ossia nei termini di una obbligazione civile.

(5) « La obbligazione non si può impugnare da « quel minore che con raggiri e mezzi dolosi ha « occultato di esser tale. — Ma a costituire in « dolo il minore non basta la dichiarazione da lui « fatta di essere maggiore » (1305).

« Il minore è pareggiato al maggiore di età per « le obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto » (1306).

Digitized by Google

dei moderni legislatori (1) quei principii di moralità già proclamati dall'antica sapienza (2) vennero conservati. Ne deduciamo una eccezione alla regola sanzionata dal nostro articolo 200? In più chiare parole, una lettera di cambio sottoscritta da un minore che nelle condizioni espresse nei suddetti articoli 1305 e 1306 del Codice civile deve trattarsi come maggiore, sarà valida?

Bisogna ritenere che anche in siffatte circostanze la lettera di cambio sarebbe nulla. Primieramente l'articolo 200 è abbastanza esplicito e deciso. Non fa veruna riserva a favore della validità, e ne abbiam visto l'esempio nello stesso articolo 1307. In secondo luogo i due citati articoli del Codice civile non possono tradursi fuori della sfera naturale della loro azione, fuori dell'azione civile. I minori che si mascherano da maggiori per tirare altri con precoce malizia in qualche rete, hanno il fatto loro da una legge severa che loro intuona, voleste esser maggiori? tal sia, e li condanna come maggiori. Ma s'intende per quanto vanno le condanne civili, penali forse anche; le commerciali appartengono a un diverso ordine d'idee e di fatti (3). Il minore per essere un cattivo soggetto viene colpito da una condanna, giusta punizione della sua condotta, ma per essere un cattivo soggetto non diventa perciò un commerciante.

—

752. Al chiudere di questo commento volgiamo uno sguardo alle conseguenze che può avere sulla realizzazione di una lettera di cambio la nullità relativa al minore o alla donna che vi sono concorsi.

È dichiarato nell'articolo 3 della Legge germanica del 24 novembre 1848: « La incapacità « di uno o di più segnatari di una lettera di « cambio, come non potendo essi assumere in « generale e con pienezza di effetto una tale « obbligazione, non esonera gli altri segna« tari ». Avrete notate nei nostri due articoli 199 e 200 le espressioni di relazione — *riguardo ad essi*.

Per quanto concerne il destino della lettera di cambio, non vi ha una vera differenza fra gli effetti che derivano dal trasformarsi l'obbligazione cambiaria in una diversa, o dal non rimanere obbligazione di sorta a carico dell'incapace. Ciò che importa egli è, che innanzi alla eccezione d'incapacità, vuoi assoluta o relativa, sparisce il segnatario, il suo nome è cancellato dalla cambiale. Voi lo potrete raggiungere o no sopra un altro terreno, ma intanto vi sfugge di sotto. Le varie combinazioni elementari onde si enunciano i rapporti dei rispettivi interessati nella lettera di cambio, e la posizione che occupa il segnatario incapace dirimpetto ai consorti, vi daranno la idea del vuoto più o meno irreparabile che lascierà dietro sè la sua diffalta. Se l'incapace è il traente, quegli da cui muove tutto il meccanismo cambiario, consideratelo come crollato; s'egli fosse anche un girante, il suo successore non avrebbe acquistato nulla, e così dite degli altri giratari. Dev'esserci un trattario, ma non è necessario un accettante; e se l'accettante fosse un minore, la corrente rifluirebbe sui giranti e in fine sul traente, ma la lettera di cambio non sarebbe morta. Supponiamo il minore giratario. Io non sono per attribuirgli la incapacità attiva; ma se da giratario passa alla funzione di cedente, interrompendo una catena ben composta di successori cambiari, ecco una condizione di cose molto normale.

A. traente sopra se stesso. Cede la lettera a *B.*, e questi a *C.* (un minore). *C.* ne fa pure cessione a *D.*, e questi ad *F.* *A.* nella sua duplice funzione manca per fallimento. Il minore *C.* aveva potuto acquistare, ma non aveva potuto cedere; dunque il credito cambiario è rimasto fisso in lui. Egli avrà il suo ricorso aperto contro *B.*, ma essendo questi fallito, non ha che a introdursi fra i creditori del fallimento. *F.*, l'ultimo possessore, non potrà contrastargli l'azione, perchè il suo autore *D.* non era legittimamente investito del credito cambiario; potrà però rivolgersi contro di lui garante naturale del credito ceduto.

(1) Si riscontrano disposizioni relative analoghe nel Codice Napoleone, siciliano, piemontese, ecc.

(2) Titolo del Codice — *Si minor se majorem dixerit per tot.* (Leg. 9, § 2, De minor.

(3) Quindi il tribunale di commercio potrebbe bensì conoscere della eccezione di minorità; ma dimostrata senz'altro tale qualità dell'individuo che ha sottoscritto la lettera di cambio, dovrebbe, quanto alla replica del dolo, rinviare il giudizio al tribunale civile.

SEZIONE II.

Della provvista dei fondi.

Articolo 201.

La provvista dei fondi deve essere fatta dal traente o da quello per conto del quale la lettera di cambio è tratta, senza che il traente per conto altrui cessi di essere personalmente obbligato verso i giranti ed il possessore.

Articolo 202.

Vi è provvista di fondi, se alla scadenza della lettera di cambio quello su cui fu tratta è debitore verso del traente, o di colui per conto del quale essa fu tratta, di somma almeno eguale a quella portata dalla lettera di cambio.

Articolo 203.

L'accettazione suppone la provvista: essa ne stabilisce la prova riguardo al possessore ed ai giranti.

Il solo traente, vi sia o non vi sia accettazione, è in obbligo di provare che coloro sopra i quali era tratta la cambiale, avevano provvista di fondi alla scadenza; altrimenti egli è obbligato a garantirla, benchè il protesto sia fatto dopo i termini stabiliti.

753. *Essenza della provvista nei rapporti di traente e trattario. Materia, tutto ciò che ha un valore apprezzabile riconosciuto sufficiente dal trattario, coll'atto dell'accettazione. Altro criterio direttivo; la destinazione.*

754. *Della provvista nei rapporti del traente e del portatore della cambiale. Requisito necessario; essere creditore del trattario al momento della scadenza.*
Della provvista consistente in crediti di scadenza posteriore a quella della lettera di cambio. Azione di rivalsa che il portatore può spiegare contro il traente.

755. *Teorica generale del diritto di provvista nei moltiplici rapporti degl'interessati.*

756. *Esame del principio — l'accettazione suppone la provvista. Al trattario accettante incombe la prova negativa.*

757. *I mezzi per fare la prova contraria, in ogni caso, sono quelli amplissimi e comuni alle materie e ai giudizi commerciali.*

758. *Recapiti cambiari rinnovati. Abuso di quelli che rimasero estinti e non furono ritirati. Varie conseguenze sotto l'aspetto della provvista dei fondi.*

759. *Se la lettera di cambio è domiciliata in luogo terzo, non potrà il traente opporre contro il portatore che mancò al protesto regolare la eccezione dedotta dall'articolo 202?*

760. *Spiegazione dell'articolo 201. Il traente per conto, responsabile verso i terzi, è disobbligato verso l'accettante.*

761. *Non si conviene nella dottrina di* BÉDARRIDE *che il trattario possa con effetto aggiungere nell'accettazione la riserva di agire contro il traente per conto.*

---

753. *Che è la provvista?*
« La provision est l'ensemble des fonds ou « valeurs envoyés au tiré, ou des dettes exis- « tentes entre ses mains et destinées à solder

« la lettre de change » (Nougier) (1). Poi viene a farcene una dichiarazione in termini l'articolo 202. Avvertesi però che il detto articolo non addita che una delle forme della provvista per la notevole ragione che poteva dubitarsi se non fosse necessaria, nel senso della parola, una somministrazione effettiva diretta proprio allo scopo e affetta, come dicesi, al soddisfacimento della lettera di cambio. Benchè l'articolo 202 non presenti la nozione che da un lato negativo, vi diffonde però molta luce.

L'accettazione di una lettera di cambio mette in evidenza dei rapporti che nei casi più ordinari preesistevano fra il traente e il trattario, rapporti di credito e di debito: l'accettazione ne rappresenta in certo modo il risultato, e sino a un certo punto vi corrisponde.

Noi ci limitiamo per ora ad osservare il fatto *nelle relazioni suddette del traente e del trattario*. L'articolo 202 vede un debitore in colui sul quale la lettera di cambio fu tratta. Chi deve a termine non ancora scaduto o sotto condizione casuale, non è ancora debitore. Il trattario avrebbe accettato allo scoperto (2).

Quanto alla provvista fatta in merci, ciò può seguire in più modi, o cedendole al trattario in proprietà, o facendone la consegna in conto del traente. Prima della vendita e realizzazione di quelle merci vi sarà provvista?

Mi pare che taluno siasi affrettato troppo a rispondere negativamente (Nougier, nº 256). Occorre distinguere.

Primo criterio. L'accettazione.

O l'accettazione della tratta è anteriore o posteriore allo invio delle merci o al ricevimento fattone dal trattario. Se anteriore, e quindi l'accettazione fu fatta allo scoperto o in credito, comprendo che non essendosi avuta veruna contemplazione di un modo di soddisfacimento non ancora convenuto, l'accettante può asserire che mancava la provvista, ed egli non ammette di tenersi per soddisfatto coll'invio delle merci, fintantochè almeno non le avrà realizzate con riscossione di prezzo corrispondente all'importo dell'accettazione. Ma se invece anteriore è l'invio delle merci e fu diretto allo scopo di estinguer la cambiale, se il trattario le ha ricevute precisamente a quest'oggetto, la provvista deve considerarsi esistente anche nei rapporti di traente e trattario. Poniamo però in ipotesi che manchi l'elemento della destinazione specifica e la dichiarazione dell'oggetto; ed abbiasi un caso semplice. Il traente *A.*, ma nella sua qualità di corrispondente di *B.*, gli ha spedite delle merci, *in conto proprio*, o anche senza questa clausola. Nel secondo caso *B.* ha ritenuto di poterne disporre liberamente, e se n'è addebitato in conto corrente. Nel primo caso *B.* ha visto di doverle negoziare le merci nell'interesse di *A.*, a di lui rischio e vantaggio. In amendue i casi l'accettazione *essendo posteriore* e motivata da codesta prestazione già dal traente effettuata, pone in essere che il trattario se ne contentò e l'ebbe per corrispettivo adeguato, addebitandosene in conto corrente, salvo il più o il meno nella liquidazione reciproca.

È facile a vedere che se il trattario fosse di altrettanto creditore in conto corrente, e potesse allegare la compensazione, mancherebbe ancora la provvista.

La distinzione da me allegata si estende agli effetti commerciali e carte di credito inviate prima dell'accettazione benchè da scadere, o non liquidi. L'accettazione posteriore della lettera di cambio, senza riserva, induce a credere che il trattario ritiene per sufficienti alla provvista i fondi che ha ricevuti. Questa teoria è la più vera e si appoggia in gravissime autorità (3).

Secondo criterio. La destinazione specifica.

Questo criterio si trova in qualche modo involto nella proposizione precedente, tuttavia vuol essere veduto nella sua specialità.

Esistendo un conto corrente fra traente e trattario, del quale l'emissione della tratta non è che un episodio, e continuando ancora il detto conto corrente, per sapere se vi abbia

(1) Anche *couverture* secondo i francesi, che riceve applicazione più estesa. Noi ne abbiamo fatto menzione trattando degli agenti di cambio.

(2) Vincens, vol. iii, pag. 535; Pardessus, *Droit commercial*, num. 393; Armand, Dalloz, *Dictionn.*, vº *Effets de commerce*, num. 199; Dalloz, *Répert.*, num. 205; Nouguier, num. 231.

Ciò in massima; ma distingui *infra*.

(3) Processi verbali del Consiglio di Stato del 27 gennaio 1807 (Locré, vol. xviii, pag. 40; Alauzet, *Comment.*, num. 820); Cassazione francese, 2 febbraio 1836 (*Journal du Palais*, tom. i, pag. 208), 5 agosto 1838 (Sirey, vol. xlv, part. ii, pag. 158), 19 gennaio 1847 (*Journal du Palais*, v. i, p. 169); Lione, 22 marzo 1825; Nimes, 15 luglio 1835; Douai, 22 agosto 1844.

Pescando s'incontrerebbe qualche contraddizione nella giurisprudenza (Cassazione francese, 30 dicembre 1837, *Journal du Palais*, vol. xxxviii, p. i, pag. 56); Parigi, 20 maggio 1828. Perciò io ho posta la tesi sotto il presidio della prefata distinzione.

Digitized by Google

provvista di fondi converrà osservare lo stato del conto al momento della scadenza. Le rimesse successive fatte al trattario, non indiritte all'oggetto determinato di soddisfare la cambiale, verrebbero convogliate, userò questa frase, nel conto corrente; il trattario non farebbe che trasportare le partite come per ogni altro credito e debito, e nel dì della scadenza potrà trovarsi pari o superiore.

La destinazione speciale (*affectation spéciale*) fissa lo scopo e non può essere stornata. Il trattario custodisce, quasi a dire, un deposito; di guisa che se il debitore di lui cadesse in fallimento, il trattario non potrebbe pretendere di far proprie quelle rimesse aventi una finalità specifica, per soddisfarsi di un suo credito, anzichè erogarle in pagamento della tratta.

Questo criterio si collega col precedente anche per altro nesso. La destinazione delle rimesse dev'essere espressamente o tacitamente accettata dal trattario. Se voi mi scrivete che io abbia ad assumere un'obbligazione cambiaria in quanto mi spedite un carico di mercanzie che destinate a quello scopo, se io non posso impadronirmene per impinguare il mio conto corrente dal quale risulto creditore di maggiori somme, non sarò per lo meno obbligato a continuare la vostra corrispondenza e servirvi della tratta. Che se dopo l'invio e la cognizione del fine per cui lo fate io m'incarico di pagare la tratta, ho con ciò convenuto di far tacere in questa occasione il mio conto corrente, e di aspettarne un'altra per compensarmi.

754. La provvista dei fondi *dev'esser fatta dal traente* e da quello per conto del quale la lettera di cambio è tratta (articolo 201). Ora non discutiamo che nella prima ipotesi. È troppo noto che altri interessati vi hanno nella provvista oltre il traente e il trattario. Capo e guida di codesti terzi interessati è il possessore o portatore della cambiale. Senza dubbio egli può evitare la questione eseguendo il protesto in tempo debito (articolo 248). Inadempita la essenziale formalità, decade da ogni diritto eziandio verso il traente, se questi *prova che alla scadenza vi era provvista di fondi presso il trattario* (art. 256). Concetto logico quanto altro mai, avvegnadiochè il traente che ha ricevuto l'importare della tratta senza sfogarla verso il trattario al quale manda il pagamento, ne rimanga sempre il debitore.

Il portatore adunque che per negligenza non si privò di questo ultimo rifugio, prezioso specialmente quando non vi è stata accettazione o l'accettante è fallito, ha bene interesse d'intromettersi nella ricerca del fatto — *la provvista dei fondi* — all'effetto di escluderla. Ha interesse cioè di respingere la eccezione perentoria del traente di aver fatta la provvista dei fondi.

Ond'è che a fronte di questa combinazione, che introduce nell'arena un terzo nel quale si concentrano tutte le azioni verso il traente e verso il trattario, sfuggendogli di mano ogni garanzia di cedenti, la teoria assume più aspetti, e il cómpito suo diventa più grave (1).

Io divido il parere di altri espositori che la redazione del Codice dovrebb'essere in questa parte meglio ordinata sicchè non si moltiplicassero le nozioni sullo stesso subbietto, il che, quand'anche non noccia a chiarezza, ne renderebbe più spedita la lettura e semplice la esposizione. Ma poichè ciò non avvenne neppure questa volta per ragioni che non importa indagare, bisogna tollerare ripetizioni nel commento come si tollerano nella legge (2).

Il traente dirà: io feci la provvista dei fondi poichè al momento della tratta il trattario da me disegnato era mio debitore. Ma gli si risponde non basta: dovete provare che voi eravate creditore *alla scadenza della lettera di cambio* (articolo 202). Pertanto se creditore tre mesi fa in conto corrente, siete col variare del conto venuto in debito; o avete ritirato il prezzo delle mercanzie consegnate al trattario, cessa la provvista; l'articolo 202 è letterale, e qui la legislazione italiana e la francese concordano.

Ma esistente il credito, suppongasi che la scadenza di esso *sia posteriore a quella della lettera di cambio.*

Qui pure le massime sono sufficientemente stabilite. In una notevole decisione del 22 febbraio 1836 (3) la Corte suprema di Francia si diceva convinta dell'esistenza della provvista, attesochè il trattario era debitore verso il traente del prezzo di una vendita, quantunque *la scadenza di questo debito fosse posteriore a quella della lettera di cambio*, essendo

(1) Articolo 255.

(2) Questo che è dei più gravi argomenti della legge cambiaria ha le sue soluzioni più decisive negli articoli 254, 255, 256.

(3) *Journal du Palais*, vol. XXXVII, p. I, pag. 208. *Conformi*, Lione, 22 marzo 1823 (SIREY, vol. XXVI, part. II, pag. 151); Cassazione francese, 4 e 5 agosto 1835; Bordeaux, 30 giugno 1841.

però il prezzo stesso stato destinato a tale pagamento. La legge non distingue fra debito esigibile in quel tempo a quello che non potrebbe esigersi che dopo. Basta che il debito ci sia. Così la indicata decisione ritenuta fra le magistrali.

In sostanza, ammettendosi la provvista nei rapporti di traente e trattario, si concedeva al portatore di non riconoscerla quando non fosse prontamente esigibile (1).

La Corte di Bordeaux nel 30 giugno 1841 (*Journal du Palais*, 1841, vol. II, pag. 287) decise un'altra specie in piena conformità. Il dubitò che in qualche altra circostanza la giurisprudenza avesse preso un diverso avviamento (2). Ma allo stringersi si vide uscirne un aforisma incontroverso ma di tutt'altro carattere, e che per la sua importanza vale la pena di rammentare — *Che non vi ha provvista quando il pagatore sia in istato di fallimento al momento della scadenza, se la provvista si compone di crediti verso di lui* (3). Ciò però non significa che essendo il debitore in condizione normale al momento della scadenza non vi sia provvista in un credito a termine, non ancora esigibile. Senonchè abbiamo inteso aggiungersi a favore del portatore o possessore (4) la facoltà di tenersi per non soddisfatto della risposta del trattario di esser bensì debitore non però attuale ma a termine futuro, e può reclamare dal traente medesimo il pagamento.

755. Tutto si chiarisce tenendo conto distinto delle varie posizioni.

a) Il trattario ha accettata la tratta. L'accettazione prova la provvista dirimpetto al possessore ed ai giranti (art. 203).

Ciò significa che il possessore o i giranti possono forzare l'accettante a pagare, nè questi potrà opporre di non essere debitore e di non aver ricevuta la provvista dei fondi (articolo 208).

b) Il trattario, ossia colui al quale il traente ha commesso di pagare la lettera di cambio non ha accettato.

Il possessore della lettera di cambio poteva protestare e valersi contro il traente secondo è disposto degli articoli 206 e 207.

Era in sua facoltà. Può nonostante colle azioni che s'intendono in lui trasmesse dal traente volgersi al trattario per esser pagato; cosa di tutto interesse per lui qualora il traente sia fallito. È chiaro che in tal caso il possessore deve stabilire che il trattario era provvisto, o per aver ricevuti effetti a questo scopo, o per essere debitore del traente al tempo in cui vuol costringerlo al pagamento della cambiale.

c) Il trattario ha emessa la sua accettazione, ed anche ha pagato la tratta. Allora *si suppone* che avendo accettato fosse stato munito *della provvista*. Si suppone, ma di fronte al traente il trattario può ben anco provare di avere ciò eseguito in credito, e chiedere il rimborso.

d) Il trattario non ha accettato: e abbiamo posto (*lettera b*), che provandosi dal possessore ch'egli nel momento della scadenza è debitore di somma esigibile, può dire pagato, come lo direbbe il suo creditore diretto, il traente. Il trattario però si nega mostrando ch'egli non è debitore se non *in diem*, a termine, e in questo istante nulla deve. Il portatore della lettera giustamente non si contenta di una tale risposta; non vuole aspettare; e si ripiega sul traente, quand'anche difettoso nel protesto non possa rivalersi contro i propri giranti (5).

755. Posti questi teoremi, possiamo trovarne la conferma nei principii e nelle dottrine.

L'accettazione suppone la provvista.

L'articolo 117 del Codice di commercio francese è segno di critica; a chi parve oscuro, a chi facile e piano: certo i legislatori italiani hanno divisa la seconda opinione, poichè l'ar-

(1) Nouguier, che fa ossequio a questa dottrina, nulla aggiunge, ed è ligio alla esposta conclusione (num. 237).

(2) Decisioni della Corte d'Aix del 2 giugno 1837, le cui massime furono onorate di conferma dalla Corte suprema nel 30 maggio 1841. Aggiungi Corte di Torino 4 agosto 1835 (*Gazzetta dei Tribunali* di Genova, 745 bis); Nouguier, num. 241, 243.

(3) Principio consacrato e forse ampliato nell'articolo 256. Nel sistema francese il portatore diviene proprietario della provvista, il che non si ammette nel nostro. (Vedi l'articolo 204). Da ciò la conseguenza che qui si enuncia: il principio però della provvista è stabilito anche secondo il nostro sistema.

(4) Nel linguaggio del nostro Codice di commercio si usa per solito la voce *possessore* e non *portatore*, e pare a studio di esattezza. Propriamente *portatore* (senz'altro) è il possessore di un effetto non *all'ordine* ma al *portatore*, e lo trasmette altrui col manuale passaggio della cedola. È però abbastanza famigliare alla scienza il vocabolo *portatore* per indicare il possessore e creditore attuale della lettera di cambio (sincope di portatore di *lettera di cambio*), onde non mi faccio scrupolo di usare quelle parole promiscuamente.

(5) Intorno al diverso punto di veduta sotto cui si considera la provvista in ordine al trattario o al portatore, vedi anche Pardessus, n° 388; Dalloz, v° *Effets de commerce*, sez. II. Così si conciliano le idee in relazione al nostro sistema.

ticolo 117, al quale corrisponde il nostro articolo 205, non ha mai trovato fra noi chi gli torca un pelo.

Non so se Vincens sia stato il primo a censurarlo (1). Verso chi mai, egli diceva, l'accettazione suppone la provvista? Se guardiamo il traente, è sempre tenuto a provarla; e non gli basta *supporla*. Se i giranti, per essi la provvista è un fatto estraneo, un fatto in tutti i casi indifferente (2). A riguardo forse dell'accettante, l'*accettazione suppone la provvista*, all'effetto di costituirlo il principal debitore della lettera di cambio? Ma il fatto che lo costituisce il principale debitore è la sua stessa accettazione, abbia o non abbia ricevuta la provvista dei fondi.

La critica è stata rinnovata da più moderni scrittori. Il Riviere accusa l'articolo 117 di avere partoriti i più svariati sistemi: quattro ne enumera che a lui sembrano contradditorii (3). Per lui stesso l'articolo è in ogni parte duro ad intendersi. Ma risalendo alla sua genesi, gli si rivela la causa onde la redazione è riuscita così difettosa. Eccone in breve la storia alquanto curiosa. L'ordinamento del 1673 teneva obbligati a provare il fatto della provvista i giranti al paro del traente; ma la scienza veniva già dimostrando la ingiustizia di quella disposizione. Pothier (*De la lettre de change*, num. 158), ponendosi però dietro lo scudo dell'accettazione, diceva che in questo caso i giranti non aveano nulla a provare, poichè l'accettante era il debitore incontrastabile della lettera di cambio, comechè di fondi non avesse ricevuto filo. I giranti denno essere avvertiti del non pagamento mediante la notifica del protesto, appunto perchè hanno delle azioni aperte da esercitare contro lo stesso accettante. I legislatori del Codice oltrepassarono la teoria di Pothier, liberando i giranti in qualunque evenienza di mancato protesto, vi fosse o no accettazione. Rattoppando l'articolo del progetto, si aggiunse la parola *seul* (da noi tradotta *il solo traente*); ma *si dimenticò* di cancellare quell'*alinea* che diceva: l'accettazione stabilire la prova della provvista riguardo ai giranti; era un'inutilità, un insigne pleonasmo.

La critica non è mica fuori di ragione; nondimeno non sa vedersi il menomo inconveniente pratico; il senso dell'articolo, considerato nel suo complesso, è palese. Neppure si crede che l'inesatto o il soverchio della redazione sia stato fomite efficiente di gravi divisioni nelle sentenze degli scrittori. Chi volesse prendersi la briga di esaminare in che differiscano quelle enunciate come contraddittorie dal Riviere, troverebbe un certo vario aspetto di considerare la disposizione, ma niuna collisione nè sostanziale differenza.

L'accettazione suppone la provvista fra traente e trattario, perchè l'accettazione è pura e semplice (num. 712, 713), colla facoltà di respingere l'incarico quando il trattario non sia, per una ragione qualunque, tenuto ad assumerlo. L'ultima cosa che si presume in commercio è la spontaneità gratuita. La legge stabilisce semplicemente il sistema della prova. Il fatto dell'accettante parla contro di lui non presumendosi giammai un'accettazione di favore, e neppure il credito personale quando nell'indole del negozio e nella consuetudine dei negozianti siffatti incarichi, che espongono irreparabilmente verso i terzi, sogliono essere assunti in corrispondenza di anteriori obbligazioni, come un modo di soddisfacimento. Ma tutto ciò premesso, l'ordine dei rapporti è troppo diverso perchè si possano mettere ad un livello quelli che s'incontrano coi terzi che in codesto apparecchio cambiario trovano il fondamento delle loro transazioni, e quelli che permangono fra i costruttori della lettera di cambio con vincolo di una convenzione fra essi intervenuta.

La legge pertanto onera della prova contraria alla presunzione che l'aggrava, lo stesso trattario. Egli potrà farla questa prova in un tempo qualunque, prima cioè o dopo la scadenza e il pagamento. Nel movimento continuo delle spedizioni e nel perpetuo variare dei conti correnti, chi ha accettata una cambiale a credito potrà esserne rimborsato, o aspetta di esserlo prima della scadenza. Ma se dovesse pagare anche subito, non è per simile fatto che si accresce il peso della presunzione che sta tutto nell'accettazione; poichè pei commercianti che si vantano del nome, *accettare è pagare*. L'accettazione perciò è credito immediatamente contratto e passa in conto corrente (4). Se nasce contrasto, è allora

(1) Lib. VIII, ch. VIII, num. 10.

(2) Sarà chiarito un po' più sotto.

(3) Il primo è attribuito a Delvincourt, vol. II, nota 5, pag. 85. Il secondo a Bravard, pag. 258 e seg. Il terzo al Pardessus, *Droit commerc.*, tom. II, num. 393. L'ultimo a Nouguier, tom. I, pag. 231; Riviere, pag. 298 e 299.

(4) Insistiamo nella parola *accettazione*, ligi alla lettera della legge — *l'accettazione suppone la provvista*. Se il trattario avesse pagato sull'incarico ri-

igitized by Google

che l'accettante dove escludere la provvista.

757. Come l'esclude? Qui può aver luogo una breve ispezione sui mezzi della prova.

Niun mezzo è indicato, e niuno è negato. Abbiamo a disposizione tutta la serie dei mezzi dell'articolo 92. E questo difatti si concede da tutti gli scrittori nelle questioni fra il trattario e il traente. Ma non tutti sono dello stesso avviso in quelle che possono sorgere fra il portatore della lettera che non fece il protesto regolare ed il traente (num. 754). Allora taluno insegna, *che trattandosi d'impugnare la fede del titolo e di applicare una pena*, la prova letterale è la sola ammissibile (NOUGUIER, num. 259).

Con tutto il rispetto, parmi vedere una certa confusione in questa proposizione, del resto non motivata, dell'illustre autore. La perdita di un diritto per effetto di negligenza si considera pure una pena della negligenza medesima, non saprei però quale argomento potesse dedursene per applicarvi un sistema particolare e, direi così, estralegale di prove. Vero è che mentre fra il traente e il trattario sono passate convenzioni, e quindi nei loro reciproci atti si possono avere mezzi più diretti di dimostrazione, il possessore della lettera di cambio è, rimpetto ad amendue, un terzo; un terzo al cui pregiudizio *la corrispondenza* di quei due non può avere la stessa forza provante, molto più se indizi di collusione non mancassero. Ma sarà lecito concluderne sistematicamente secondo NOUGUIER: « Oh! alors comme « il s'agit de détruire la foi due au titre, et « appliquer une véritable peine, nous croyons « *que la preuve littérale est la seule admis-* « *sible?* »

Si sarebbe curiosi di sapere in che viene favorita la causa del portatore dal rimedio *della prova letterale*. La prova letterale gli può benissimo essere opposta: niente di più facile. Il traente vi presenta una scrittura del trattario, una ricevuta. Ecco la prova letterale. Vi basta ella? No, non vi basta, perchè *atto fra terzi* ed esigete *la data certa*. Non è dunque la prova letterale che vi giova, ma tale che non possa essere fabbricata impunemente a vostro danno: sincera, legittima. È questo il vostro diritto; a voi dunque il sindacarla, il combatterla; ai giudici l'apprezzarla. Non è per voi e pel caso vostro particolare che si possa rovesciare il sistema probatorio in fatto di commercio.

Si aggiunge che la condizione del portatore si farebbe forse peggiore una volta che il campo della dimostrazione venisse così circoscritto. A prova scritta non potrebbe opporre che prova scritta; i litiganti non dovriano trattarsi *ad imparia*. I libri di commercio, regolarmente tenuti, fra il traente e l'accettante, potranno fornire contro il portatore medesimo argomenti di convinzione che tuttavia egli potrebbe indebolire o dissipare all'appoggio di prove testimoniali indicanti gli artifizi e le frodi di costoro; e peggio per lui se non gli sarà concesso di valersene.

Non si è mai avuto, io credo, tanto bisogno di spaziare su tutta la linea delle prove come in siffatte circostanze disordinate ed eccezionali, in faccia a difficoltà, a fallimenti fors'anco; ed a scongiurare le apparenze ed i preconcetti dolosi.

Poi, siamo giusti. Il possessore della lettera di cambio, del quale supponiamo la decadenza per inadempimento dei suoi doveri legali, si è messo in una condizione dal fondo della quale non può reclamare ad alta voce il favore della giustizia, quasi che abbia a farsene una apposta per lui. Ingolfatosi in operazioni di commercio, non può cancellare la famosa regola della prova libera scritta nell'interesse generale del commercio. Senza esclusività odiosa agli altri che battono lo stesso arduo cammino della commercialità, il portatore pregiudicato di una lettera di cambio dovrà ben seguire il metodo probatorio comune a tutti gli altri.

E se questo portatore, che supponiamo venuto a singolare battaglia col traente, a protesto mancato, onde lo soddisfaccia della cambiale, se questo portatore fosse persona *non commerciante?* Nella lettera di cambio, per gli obblighi e i diritti che ne emanano, tutti sono commercianti (articolo 727 n° 3), e soggetti come alla giurisdizione così alle discipline e agli ordini commerciali (1).

—

ceduto senz'accettazione formale, e quindi senza una previa obbligazione verso i terzi, dovrebbe interpretarsi a servigio, ad onore della tratta, e quale mandatario semplicemente. Fu in tal senso (per quanto a me pare, il solo che sarebbe giusto) che la Corte di Genova del 3 agosto 1861 stabilì che il traente ha il carico di far la prova della provvista, nè incombe al trattario la prova negativa (BETTINI-GIURIATI, *Giurisprudenza italiana*, vol. XVI, part. II, pag. 548).

(1) Ho speso alquante parole per confutare la dottrina di NOUGUIER, imperocchè gli errori degli autori celebri, come dissi altre volte, sono formidabili; e perchè è materia di grande interesse pratico. Del resto, vedi per la stessa opinione BÉDARRIDE,

Digitized by Google

758. Avviene spesso in commercio che le cambiali si rinnovano; si danno cioè nuove cambiali in sostituzione delle anteriori, che per regola si ritirano e rimangono estinte. Cotale rinnovamento in linea di sostituzione è una protrazione effettiva della scadenza, tutti i rapporti già contratti rimanendo *integro statu*. Se vi ha rischio è pel creditore, che potrebbe vedersi portar via il traente o l'accettante da un fallimento. In qualsivoglia aspetto pertanto, e anche in quello della provvista dei fondi, non vi ha mutazione. Ma se contro ogni buona cautela, gli effetti commerciali surrogati da altri rimasero nelle mani del creditore, ed egli ne abbia abusato mettendoli in circolazione (il caso si presentò palpitante), fu giudicato a lui incombere la provvista (Douai, 29 genn. 1844, *Journal du Palais*, 1844, vol. II, pag. 375).

Mi fa meraviglia non che così sia stato deciso ma come potesse nascere la questione. Mettendo in circolazione quegli effetti, il banchiere, che ne appariva il giratario, nella realtà agiva come un vero traente verso i rispettivi cessionari: nel caso pratico il banchiere aveva compreso che non poteva essere altrimenti, ed egli aveva fornita la provvista al trattario in materie che erano perite. A chi il pericolo, a chi il danno? La giustizia diede il suo verdetto contro di lui.

Non si possono facilmente prevedere le conseguenze di tali abusi. La rinnovazione della tratta colla sostituzione di altra, non può concepirsi che colla ripetizione di tutte le firme nella nuova cambiale. Non sono però originali diversi o duplicati dello stesso atto (1), ma documenti succedanei, il novissimo dei quali toglie efficacia e ragione d'esistenza all'anteriore. La rimessa in circolazione del recapito anteriore è uno stellionato, una frode, e più azioni fornisce al debitore per la restituzione dei recapiti, al danno e alla pena. E non solo a colui che per ottenere dilazioni ha surrogato i nuovi recapiti, ma eziandio a tutti i firmatari che vi sono concorsi personalmente e hanno tutto l'interesse di non essere esposti in doppia maniera. Per dire ciò che avviene più di frequente, il traente che ha sollecitata la rinnovazione del recapito non ha fondi disponibili per pagare la tratta onde il bisogno di tempo, nel quale stato di cose il designato trattario non ha assunto il pagamento coll'atto che chiamasi *accettazione*. Il traente si confida di regolarizzare la tratta nel nuovo termine; lo fa o non lo fa, e allora le cose vanno come possono andare. Ma ci vuole dell'audacia nel caso suindicato (che io tolgo da NOUGUIER, num. 286), per ritenersi il recapito estinto, simularne la validità, e cederlo ad altri quantunque poi riconoscendosi che il trattario non avrebbe corrisposto senza corrispettivo, il supposto creditore abbia dovuto inviargli a queste effetto un carico di mercanzie che furono sommerse nel mare prima di giungere alla destinazione, secondo il caso strano ma vero che fu deciso.

Qui almeno il male agente è stato punito dalla fortuna, ma la frode avrebbe potuto riuscirgli, se ignorando il trattario la novazione occorsa avesse soddisfatto il presentatore della estinta cambiale. Intanto il cattivo mobile ha ceduta la cambiale surrogata, od anche di questa ha incassato il prezzo.

Quanto al trattario non avvisato, e insciente della rinnovazione, egli ha pagato bene, sicchè il cessionario legittimo della lettera vera si troverà di fronte una quietanza regolare dello stesso trattario, e dovrà a sua volta ritornare sul traente.

Nel decorso del termine fra la rinnovazione e la scadenza, il traente, inconscio egli pure del raggiro consumato a suo danno, era venuto facendo la provvista, aumentando di crediti il suo conto corrente col trattario; e facendovi sopra assegnamento, in prossimità della scadenza, lo incarica di estinguere la tratta che gli sarà fra qualche giorno presentata.

Il trattario rilevando che il recapito che gli è stato presentanto è il fac-simile di quello che si era affrettato di soddisfare in credito, risponde ch'egli intende di venirsi compensando del fatto pagamento, e quindi non è in grado di pagare la seconda volta.

Il presentatore legittimo, respinto dal trattario, rinviene sul traente, il quale termina coll'essere la vittima coronata e deve pagare. Imperocchè, sebbene in perfetta buona fede,

n. 138 e 139; Cassazione francese, 3 dicembre 1806; Corte di Bruxelles, 12 febbraio 1822.

Su questo soggetto, sentenze della Corte di Genova, 27 maggio 1854 (*Gazzetta dei Tribunali* di Genova, pag. 376), e 30 giugno 1856 (Ivi. an. 1857, pag. 418). Nella quale fu bensì ritenuto che la prova della provvista dei fondi è meglio indicata colla produzione dei libri e corrispondenze che con deposizioni testimoniali; non si è però mai veduta esclusa in simili casi dai tribunali la prova testimoniale. Aggiungi decisione della Corte di Torino del 4 agosto 1855 (*Gazzetta dei Tribunali*, detto anno, 743 bis).

(1) Vedi il commento al capoverso 8° dell'articolo 198.

igitized by Google

non può resistere alla troppo giusta eccezione del trattario, nè difendersi contro il possessore della vera cambiale, che supponiamo pregiudicato da protesto tardivo, provando la provvista che aveva realmente fatta, ma che fu esaurita colla compensazione. Non gli resta azione che contro l'autore della frode.

—

759. Se la lettera di cambio è domiciliata presso un terzo, il traente non potrà opporre contro il portatore della lettera non pagata a scadenza e difettosa del protesto, di aver fatta la provvista dei fondi col dimostrare ch'egli era creditore del trattario?

La lettera di cambio può essere pagabile al domicilio di altri che del trattario, al domicilio di un terzo (num. 711). Il possessore della lettera di cambio si è portato al luogo indicato nel giorno della scadenza: niuno incaricato di soddisfarla: in effetto i fondi non erano stati fatti a quel domicilio, ma il creditore manca alla legge del protesto. Indi la questione sopra proposta.

Si è detto essere una questione seria. Bisogna crederlo, perchè fra gli oppositori del traente si trova quel grave pubblicista che è il VINCENS (1). Uno scrittore assai più recente, il BÉDARRIDE, sembra esso pure inclinare alla sentenza di rigore contro il traente, ma proponendo una distinzione (ni 153 e 154).

Questo autore pone in principio, che dovendo il trattario fare il pagamento al domicilio della cambiale, è là ove hanno a trovarsi disponibili i fondi. « L'omission (sono sue parole) de ce devoir ne saurait les relever (il traente o il datore dell'ordine) de leur obligation: on ne se fait pas un titre de sa propre négligence ».

Si comprende facilmente che il traente o il datore dell'ordine (2) ne abbiano il dovere allora soltanto che la indicazione del domicilio eccezionale (essendo per regola il luogo del pagamento quello ove risiede il trattario) provenga da loro stessi, apparisca nel costrutto della lettera, e non sia opera posteriore dell'accettante che per suo comodo vi aggiunse un domicilio alieno.

Una decisione tenuta in conto di magistrale della Corte suprema del 24 febbraio del 1812 (SIREY, vol. XII, p. I, p. 137) (3) suona in termini che non sarebbero in armonia coi pensieri di BÉDARRIDE; se pure in tutto questo non si nasconde un qualche equivoco, espressione che mi riservo di giustificare un po' più avanti.

Le massime consacrate dalla Corte di cassazione sono le seguenti. Secondo l'articolo 116 del Codice di commercio francese (202 dell'italiano) vi è provvista se alla scadenza della lettera di cambio il trattario è debitore verso il traente o di colui per conto del quale è tratta, di una somma non minore di quella portata dalla lettera; nel quale stato di cose lo stesso traente è liberato dalle azioni del creditore della cambiale, che non ha eseguito regolarmente e in tempo debito il protesto. Non vi ha disposizione di legge che rilevi dalla decadenza il creditore negligente per la sola ragione che « les fonds ne se trouvaient pas au « domicile du tiers indiqué pour le payement ». Gran differenza corre fra i due casi: nel primo, quando cioè non è stata fatta provvista di sorta, la negligenza del portatore non arreca pregiudizio al traente, ma assai lo pregiudica nell'altro, privandolo della facoltà di prontamente agire contro l'accettante (4).

La decisione fu criticata da VINCENS, che teneva all'obbligo assoluto del traente di fare una provvista materiale nel terzo domicilio. BÉDARRIDE invece critica la critica di VINCENS, che non avrebbe ben intesi i termini della decisione affermando che nella specie si trattava di tale domicilio che il traente consentito non aveva, essendo un adietto dell'accettante. Quanta sia l'assolutezza delle massime stabilite dalla Cassazione ognuno può vedere, quindi non sembra dubbio il significato e l'intenzione della mentovata sentenza. Invece può dubitarsi se la teoria di BÉDARRIDE proceda semplicemente nella ipotesi che il protesto sia stato eseguito, o anche se non sia stato regolarmente eseguito (5).

Una facile confusione s'ingenera dal doppio aspetto con cui si può considerare la provvista; in quanto sia *materiale*, ovvero *ideale*, in quanto cioè consista in materie che si consegnano, ovvero in crediti e diritti. A cose regolari, quando è di patto che il pagamento della

(1) Vol. VIII, cap. VIII, num. 12, anche sull'autorità di una decisione della Corte di Parigi del 17 maggio 1811 (SIREY, vol. XI, part. II, pag. 13).

(2) Per quest'alternativa, vedi il num. seguente.

(3) Emanata sulle conformi conclusioni di MERLIN.

(4) Conseguenza: l'annullamento della sentenza che aveva giudicato il contrario, condannando il traente che aveva stabilita la provvista sulla base dei suoi crediti verso l'accettante. La Corte di rinvio, Rouen, spiegò gli stessi principii (31 marzo 1813).

(5) Ciò dicesi soltanto sull'applicazione più o meno estesa della teoria svolta dall'autore suddetto.

cambiale sarà effettuato alla casa *di un terzo*, questo terzo, semplice domiciliatario senza personali obbligazioni, pagherà quando gli farete avere a casa i mezzi opportuni. Qui entriamo bene nell'ordine materiale dei fatti; il credito del traente verso il trattario non vi ha per verità il menomo rapporto. Se il trattario è ancora l'accettante, certo l'obbligo è suo; è un *locus solutionis* che, generalmente parlando, gli sarà incomodo, ma deve prestarvisi in forza della sua stessa accettazione, pura e semplice. Se il trattario non ha accettato, sia pur debitore quanto vuolsi del traente, non sarà obbligato a provvedere dei terzi in estraneo paese.

A quel luogo il portatore della lettera di cambio, suonata l'ora della scadenza, va per esigere; non trova alcuno che lo paghi, ma non protesta. In tale contingenza e su questo terreno vediamo combattersi le due opinioni. Non ce ne potrebb'essere una terza che s'intromettesse per modificarle? Vediamolo.

Il traente può avere più o meno adempito al proprio dovere secondo le circostanze. Se ha riportata l'accettazione del suo corrispondente che è anche suo debitore, egli ha diritto di starsene tranquillo; ha fatto quello che doveva; non ha inviato i fondi al domicilio del terzo, perchè si fidava dell'accettante. Ma se il trattario, comunque suo debitore, si fosse rifiutato di assumere un pagamento lontano, o non fosse stato ricercato, o non avesse risposto, quale scusa avrà il traente del non avere fatto i fondi effettivi al domicilio del terzo, salvochè non fosse pur questi debitore di lui, circostanza che non entra nella nostra ipotesi?

Ma si risponde: sia quel che volete, il portatore della lettera non è mai dispensato dal protesto neppure nelle sue relazioni col traente, eccettochè questi non sia tampoco creditore del trattario, non abbia cioè dei titoli per tenerlo obbligato al pagamento della tratta. Se non è punto creditore, non avendo azioni da esercitare contro il trattario, la mancanza del protesto non lo pregiudica: tutt'altro nel caso opposto. La legge non distingue, e fa il caso semplice che colui sul quale la lettera è tratta sia debitore, ecc.

Tuttavia sottilmente ragionando, si potrebbe replicare: sebbene generale, la legge sembra non avere contemplata questa singolare evenienza. Supponendo che il trattario sia obbligato a pagare avendo in mano i mezzi sufficienti, certo il traente ha fatto quanto era da lui, e non può essere imputato. Ma se il trattario, benchè debitore, *non era obbligato* (e, per la sola conseguenza di essere debitore, non era in verità obbligato di pagare fuori del domicilio proprio, in luogo forse lontano, ad Anversa mentre egli ha sede in Ginevra), se il trattario non era obbligato, voi traente che non poteste contare sulla sua accettazione non mai emessa, eravate nel più preciso dovere di far tenere i fondi ad Anversa, alla casa o al banco del domiciliatario della cambiale. Niente vi abilitava a credere ch'egli per farvi onore avrebbe voluto soddisfare una vostra tratta diretta ad altri, e che non capitava a lui che per comodità di pagamento. Il vostro modo di agire è tutt'altro che da commerciante delicato e leale; io contava sul vostro impegno; avendo io delle scadenze nel giorno successivo in quella città, avevo già disposto che il mio agente se ne valesse per estinguerle. Contro l'obbietto perpetuo: tutto sta bene, ma la legge vi obbliga a fare il protesto, si osserva nello spirito dell'articolo 202, che (scusate la ripetizione) il pagatore della lettera di cambio, il pagatore materiale, era il domiciliatario; che i fondi dovevano esser fatti a lui; che il creditore è già punito del non fatto protesto per essere decaduto dalle sue azioni contro i giranti, e nel dover farsi carico della prova negativa altrimenti che dall'atto di protesto, il quale solo gli sarebbe bastato (1); che la decadenza di lui, in faccia al traente, presuppone il dovere adempito per parte di quest'ultimo; che invece quest'ultimo ha mancato, e si rientra nello stesso circolo d'idee.

Ho voluto mettere in rilievo anche questo lato della questione, secondo me, il più grave e il meno avvertito. Nonostante finisco col non discostarmi dalla opinione più ricevuta (2). Le obbiezioni appartengono ad un ordine razionale che i codici, per quanto a me sembra, hanno voluto sfuggire. La semplicità, la uniformità dei procedimenti, un certo fine che si direbbe politico, determina non poche fra le disposizioni del Codice di commercio. Una volta che fu adottato un mezzo (il protesto) atto a gettare l'allarme fra gli interessati onde ciascuno potesse sorgere alla propria difesa,

(1) Dovrà per esempio ritirare dal domiciliatario della cambiale la dichiarazione di non aver ricevuto i fondi.

(2) PERSIL, sull'articolo 110, pag. 79, num. 6; NOUGUIER, num. 285; MERLIN, *Répert.*, v° *Provision de lettre de change*, pag. 301; PARDESSUS, num. 393; DALLOZ, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 214.

18 OTT 1869

Google

niuno fosse sorpreso dagli avvenimenti, uopo era farne un debito assoluto al presentatore, senza permettergli sulle cause del non pagamento distinzioni sottili, che male potendosi comprendere in quella stretta di tempo che resta disponibile, sariano anche non poco disputabili nella region dei giudizi. In questo spirito generale, più influente di quello che si crede nei fatti legislativi, io pongo in principal modo la *ratio decidendi*.

—

760. La lettera di cambio *può essere tratta per conto e ordine di un terzo* (articolo 197). Poi viene l'articolo 201 a dirci — la provvista « dei fondi dev'esser fatta *dal traente o da* « *quello per conto del quale la lettera di cam-* « *bio è tratta* ». Mandante e mandatario; ma il primo, quantunque l'autor vero della lettera, se ne rimane come fuori della sfera dell'azione cambiaria, e si mantiene entro un giro più limitato di relazioni verso il traente e l'accettante, che sono o possono almeno, in date circostanze, considerarsi amendue quali suoi mandatari. Non vale però al traente per sottrarre alla obbligazione la sua qualità di mandatario verso i *giranti* e verso il *possessore*, per uno speciale carattere della legislazione commerciale, che in questo, come a tanti altri scopi, segna una ben notevole divergenza dall'istituto civile.

L'articolo 115 del Codice di commercio francese (che noi abbiamo pienamente adottato nel nostro 201) è nei termini della riforma che ebbe luogo per la nota Legge 19 marzo 1817 onde fu sciolta la controversia tanto agitata, se il traente per conto fosse personalmente tenuto di fornire la provvista all'accettante puro e semplice; sotto la quale impressione l'articolo riformato fu accresciuto di queste parole — *envers les endosseurs et le porteur seulement* essere obbligato. I giranti e il possessore (in quanto esercitano la loro azione verso il traente) respingono l'eccezione, o meglio la scusa colla quale volesse difendersi il *traente per conto* del non aver adempito al debito della provvista, quasi spettasse al suo mandante; ciò è indubitato, e non è men chiaro che il limite così stabilito della sua obbligazione esclude ogni altra che nella prima epoca da molti si credeva incombergli eziandio verso l'accettante.

L'importanza è grande. Se il traente è obbligato verso l'accettante, questi che accettò allo scoperto si rivolge per indennità contro il traente; nel caso inverso è lo stesso traente che avendo pagata la tratta, può rivolgersi contro l'accettante per esserne rimborsato.

Se il *traente per conto*, non avendo alcun obbligo personale verso il datore dell'ordine, ha del proprio estinta la tratta, giusta una bella espressione dell'ALAUZET (1), egli agisce *quale creditore diretto e nella posizione del portatore*. L'accettazione è la prova che il trattario ha voluto seguire la fede del datore dell'ordine del quale conosceva il nome, e si è contentato di lui. Il traente per conto si trova così aperta la via per il rimborso verso lo stesso accettante che non può ritorcergli contro la eccezione *non adimpleti contractus* (2).

761. Il discorso procede sicuro nella ipotesi dell'accettazione pura e semplice, *quid* se la accettazione fosse accompagnata da riserva di agire verso il traente, costituendosi in tal modo l'accettante due correi responsabili invece di un solo?

Un eccellente autore (BÉDARRIDE, n° 154) lo afferma con un fare disinvolto che sembra argomento di cosa indiscutibile. « L'article pre- « mier (il 110 francese), détermine expresse- « ment l'obligation du tireur pour compte. « Elle n'existe qu'à l'égard des endosseurs et « du porteur; il est donc certain aujour- « d'hui (3) que en principe l'accepteur ne « peut recourir contre le tireur pour compte « *que si, en acceptant, il s'en ait formellement* « *reservé le droit* ».

Ma se il traente per conto non si porge verso il trattario che in qualità di mandatario che avendo lealmente manifestata la persona per cui agisce non obbliga che il mandante, non è facile comprendere come la riserva fatta dal trattario nel suo atto di accettazione possa creare un diverso rapporto giuridico. È ufficio delle proteste e riserve mantenere impregiudicati i diritti, ma bisogna averli. Il mandatario non è tenuto verso il trattario neppure suppletivamente. La riserva non avrebbe adunque radice alcuna di diritto. Se il trattario è debitore della persona in conto della quale è tratta la lettera, egli quantunque non obbligato precisamente a quel modo di soddisfacimento, se non accettasse la tratta, si vedrebbe esposto a dover pagare il debito senz'altro. Se non è debitore e nonostante vuole onorare la tratta, lo faccia; abbia fede, se gli par bene, nel nome del mandante. In-

(1) *Comment.*, num. 340; PARDESSUS, *Droit commercial*, num. 380.

(2) PARDESSUS, loc. cit.

(3) Cioè dopo la riforma del 1817.

Digitized by Google

fine è libero di non accettare, ma non è in facoltà di appoggiarsi sopra altro che non è debitore. Io non son qui per negare che avendo *il traente per conto* ritirata a sè l'accettazione dandole corso nella guisa in cui è scritta, senza replica per parte sua, e quietamente rassegnandola nei propri registri, non abbia con ciò fatto atto di adesione. Ma è convenzione nuova, indipendente dal principio regolatore dell'articolo 201.

Che se ivi è posta l'alternativa — la prov« vista dev'esser fatta *dal traente o da quello « per conto del quale la lettera di cambio è « tratta* », non riman dubbio che tale obbligazione sia semplicemente la condizione per la quale il traente per conto può liberarsi dalle azioni di ricorso del possessore o dei giranti non essendo stato regolarmente eseguito il protesto, con evidente relazione di questo disposto a quello dell'articolo 203. Se il prenditore, se quello a cui ordine parla la tratta, non ha fatto i fondi, converrà bene che soccorra lo stesso traente per conto, esposto com'è verso i terzi.

Articolo 204.

In niun caso il possessore di una lettera di cambio protestata ha diritto sulla provvista fatta dal traente al trattario.

Se la lettera di cambio non è stata accettata, la provvista ritorna alla massa nel caso di fallimento del traente.

Nel caso di accettazione la provvista rimane al trattario, salva la sua obbligazione di pagare la lettera di cambio.

762. *Se la provvista fatta dal traente al trattario sia acquistata al possessore della lettera di cambio, e lo sia sino dal momento della emissione. Esame di principii. Opinione affermativa di* Persil.

763. *Ragioni opposte da altri sistematici; e repliche di* Nouguier.

764. *Si dimostra stabilita nei veri principii la decisione dell'articolo* 204. *Se il privilegio sarebbe in qualche modo disputabile, l'acquisto della proprietà della provvista è per se stessa cosa assurda.*

765. *La controversia è troncata dall'articolo suddetto, presentandosi alcune ricerche consequenziali.*

a) *Quando il trattario ha soddisfatta la cambiale, benchè non l'avesse ancora accettata nell'ora in cui accadde il fallimento del traente;*

b) *Se consti del rifiuto dell'accettazione malgrado la provvista fornita al trattario;*

c) *Se pendente la risoluzione del trattario cui non fu ancora presentata la tratta, il sindaco del fallimento possa richiamare al patrimonio i fondi destinati a soddisfarla;*

d) *Situazione giuridica che deriva dal fallimento del trattario. Rinvio al numero che viene appresso.*

766. *Fallimento del trattario. Possibilità della rivendicazione della provvista. In quali casi e a quali condizioni.*

767. *Per l'ulteriore sviluppo della materia, rinvio all'esame dell'articolo* 249.

---

762. La provvista fatta al trattario *è forse acquistata* al creditore, portatore o possessore della lettera di cambio che voglia dirsi, *dal momento dell'emissione della lettera di cambio*, di maniera che sia per conservare lo stesso diritto, *malgrado il fallimento del traente avvenuto prima dell'accettazione e della scadenza della tratta?*

Ecco un problema grave che, nel silenzio di quella legislazione, si agita ancora nel fôro francese; un problema ridotto a ben altre proporzioni dal nostro articolo 204.

Non si può farne una completa esposizione senza rivedere storicamente di che si nutrisse la controversia, e ne risulterà la ragione per cui venne adottato il nuovo sistema che già apparve nel Codice di commercio albertino (articolo 130).

È una questione di proprietà più ancora che di privilegio, come il discorso farà vedere.

Digitized by Google

In quale fondamento giuridico naturale (1) sarebbe stabilita la proprietà *della provvista fatta dal traente al trattario?*

Persil ragiona così. La lettera di cambio è il mezzo di trasportare a profitto di una persona i valori, i fondi, che riteniamo in luogo diverso: contratto non gratuito, ma corrispettivo. Se il traente resta proprietario del prezzo (2), *bisogna bene* (il faut bien) *che il prenditore diventi proprietario della provvigione.* Se quelle mercanzie (tenendoci alla ipotesi) fossero state materialmente trasportate da Genova a Marsiglia, è manifesto che il prenditore della lettera ne avrebbe conservata la proprietà. « La seule différence (lo dirò colle « parole dell'autore) *consiste dans le mode de « payement;* au lieu d'éspèces le preneur a « reçu une lettre; mais il n'a pas entendu « donner moins de force à l'obligation du ti- « reur ».

Come poi il più rilevante sta nel mantenere l'asserta proprietà contro la massa dei creditori del traente *fallito prima della scadenza*, doveva dimostrarsi ch'essa si era trasferita ed era rimasta fissa nel prenditore o in quello al cui ordine la cambiale era tratta, *dall'istante proprio della sua emissione.*

E a dimostrarlo si dice, perchè mai si potrà pretendere che la provvista non appartenga al creditore fuorchè alla scadenza? Scorrete il Codice e vedrete disposizioni che vi daranno bene argomento del contrario. L'articolo 136 (nostro 222) dichiara che la *proprietà* di una lettera di cambio si trasmette per via di girata. Ma per trasmettere la proprietà di una cosa, conviene averla. Invano si direbbe che la lettera di cambio sta da sè, indipendente dalla provvista. Obbiezione illusoria! La lettera di cambio sarebbe una delusione se la provvista non fosse *affetta*, vincolata, al pagamento; sarebbe una carta senza valore effettivo, ove non colpisse d'indisponibilità i fondi a ciò destinati.

S'invoca ancora l'articolo 149 dello stesso Codice di commercio (nostro 235). Non è ammessa opposizione al pagamento se non nel caso *di perdita della lettera o di fallimento del possessore.* Da siffatta restrizione dei principii del diritto comune risulta manifesto che « la provision appartient au porteur, à dater « de la délivrance de la lettre de change » (3).

I ragionamenti di Persil avevano appoggio in due decisioni, l'una della Corte di Rennes del 6 febbraio 1822; l'altra del Tribunale di commercio di Parigi del 1836 (4); la prima non aggiunge riflessi nuovi, ma la seconda presentava una certa elevazione d'idee. È bene conoscerla.

Nella specie si riteneva in punto di fatto che la provvista era rimasta presso il trattario dal giorno della soscrizione della lettera di cambio sino a quello della scadenza, e che la lettera non era stata rivestita di accettazione. Il traente prima della scadenza era fallito. Il dotto magistrato e in codeste materie espertissimo, in tale stato di cose determinava, che la provvista continuava ad appartenere al portatore, e ragione non v'era per rifonderla nel patrimonio del fallito. Poi considerava che il contratto di cambio ha una natura particolare e sua propria; creato pei bisogni del commercio, deve essere eseguito colla maggior buona fede; che il contratto sarebbe in gran parte menomato di quella utilità che forma il suo scopo, *se la trasmissione del titolo non operasse la trasmissione della somma da essa rappresentata;* che dal lato del traente la trasmissione si opera per lo scambio del titolo contro il valore che riceve; che rispetto a lui, e sino da quel momento, il contratto è consumato, ed egli ne ha raccolti quei vantaggi che a lui poteva produrre. Indi la sentenza viene a parlare dell'accettazione, e osservando non esser *formalità* obbligatoria, prova che non poteva indursi dalla non accettazione alcun cangiamento al principio stabilito.

763. In una lunghissima e dotta annotazione dell'editore belga è confutata quella dottrina. La scienza del diritto commerciale ha un vero interesse in questa discussione; ed io sento di non dover omettere del tutto la risposta, ingegnandomi di compendiarla per quanto sia possibile.

Non si ammette il diritto acquisito e il diritto reale sul materiale della provvista esistente presso il trattario.

Per quanto la girata della lettera di cambio abbia l'effetto di trasportare immediatamente la proprietà, senza notificazione di sorta (ciò essendo della natura del contratto di cambio), non può dedursene la creazione di un diritto *in re;* nè quindi sottrarsi ai creditori del

(1) Esistente nella natura delle cose, non mutabile da comando di legislatori.

(2) *Marchandises*, secondo la espressione dell'autore; la sua teoria però dovrà di ragione estendersi ad ogni altro genere di corrispettivo della tratta.

(3) La dirittura della conseguenza non sembra invero molto manifesta: ma di ciò più avanti.

(4) *Gazette des Tribunaux*, 30 dicembre 1836.

Digitized by Google

traente, caduto in fallimento prima della scadenza, i valori che compongono la provvista, per dedicarli esclusivamente a soddisfare la tratta.

È una obbligazione *di fare* quella che assume il traente della lettera di cambio verso il prenditore che gliene ha pagato il prezzo; egli s'impegna di far pervenire la somma a disposizione dello stesso prenditore nel tempo e nel luogo convenuto (1). A tale risultato, *instrumentum juris*, si presta la lettera di cambio; e s'egli è vero tal essere la natura del contratto (*do ut facias*), se l'obbligato *non fa o non può fare*, altro non provoca che una *azione personale* contro di lui.

Onde Frémery (2), il prenditore chiamarsi *proprietario* della lettera di cambio nel senso esser quello il suo proprio titolo sul quale è fondato per esigere l'accettazione e il pagamento. E ciascun giratario successivo diviene proprietario della lettera di cambio nel senso ch'egli succede nei diritti del prenditore, acquista azione di garanzia verso il cedente e gli anteriori giranti se ce ne sono, e finalmente l'*azione personale* contro l'accettante che siasi imposto il pagamento.

I diritti del portatore sul materiale della provvista non si acquistano che alla scadenza (3); il traente non è obbligato di anticipare la provvista, basta ch'essa si trovi al suo posto in quel giorno (4); tanto è lontano che si acquisti *una proprietà* all'atto della emissione del documento cambiario!

Del resto la provvista è avanti tutto preordinata *nell'interesse dell'accettante*, è il suo pegno, la sua garanzia; altrimenti può rifiutare il pagamento s'egli non abbia accettato allo scoperto (5).

La nota prosegue ancora, ma ripetendosi e dilungandosi troppo, ci si permetta di assumere l'argomento per conto nostro, approvando i principii fin qui esposti, i soli veri. In luogo di darvi altro sviluppo, io intendo che converrebbe troncare la discussione, mentre l'articolo 204, uno dei meglio redatti, pone chiaramente la sua tesi, e se vi ha qualche osservazione a fare, meglio è concentrarla nel suo disposto e nelle sue conseguenze. E basterebbe il dire che poche altre teoriche sono più ardite di quella che qui si combatte. Confondere un'azione personale col diritto reale di proprietà; pretendere alla proprietà acquisita prima che la *res* esistesse in natura; e tale immaginaria proprietà estendere persino alle azioni di credito che appartengono a terzi (6), questo, a stringerlo, sembra l'assunto contrario. Eppure la giurisprudenza francese, dopo avere esitato, discendeva nel senso della proprietà; ed uno dei più eletti scrittori di cose cambiarie espone come il prodotto delle sue meditazioni sulla grave controversia una sentenza che anche nei puri termini scientifici sarebbe contraria alla nostra e una anticipata censura dell'articolo 204. Sono troppo rispettoso verso l'illustre scrittore per non rispondergli. D'altronde le osservazioni del Nouguier sono in parte nuove e, come sempre, ingegnose (n° 272 e seg.).

Se il privilegio, in generale, è un diritto rigoroso, nel presente caso *è un atto d'equità*. Non solo il portatore (creditore) della lettera di cambio ha avuto in animo che i fondi che egli ha versati gli saranno restituiti; ma di più egli ha dato il proprio danaro sull'assicurazione che il valore del suo titolo sarà specialmente affetto alla estinzione del suo credito (7); la promessa è stata tenuta; la provvista c'è; il debitore designato n'è il depositario: « il y « a donc en sa faveur *une sorte d'affectation* « *spéciale, qui, s'elle ne rend pas le privilège* « *légal, le justifie moralement du moins* » (8).

Ma no, dice Nouguier, come a rafforzar l'argomento, non è già un privilegio come i nostri avversari sostengono, che si reclama dal possessore cambiario; egli reclama piuttosto *un diritto di proprietà* (9). E qui fa appello

(1) « Le contrat de change c'est un contrat *do ut facias* (Dalloz, v° *Effets de commerce*, sec. II, n. 9).

(2) *Etudes de droit commercial*, chap. XXI, pag. 136.

(3) Il nostro articolo si esprime *in nissun caso:* la dimostrazione può dirsi *a fortiori*.

(4) Difatti è incontestato che il traente può anche ritirare la provvista che avesse fatta, e valersi di quei mezzi sino alla scadenza.

(5) Questa proposizione vuol esser corretta. Ancorchè abbia accettato allo scoperto, non può esimersi dal pagare.

(6) Imperocchè la provvista consistendo anche nei crediti del traente verso l'accettante, tali crediti rimasero nel traente medesimo, che non intese mai di farne cessione al prenditore della lettera di cambio, ma solo di fornire il correspettivo a chi deve soddisfarla.

(7) Mi attengo strettamente alle formole dell'autore per quella esattezza che è di rigore in una discussione scientifica.

(8) Un privilegio *non legale* ma *morale* è per lo meno una novità.

(9) Tanto meglio: un credito *privilegiato sulla cosa* che ha un'*affectation speciale*, si comprende in astratto; nel punto di vista della proprietà, tutte le nostre idee si confondono.

Digitized by Google

ai principii generali del contratto di cambio; considera il prenditore o portatore quale cessionario e compratore della *proprietà della lettera;* la lettera è insieme un atto materiale e rappresentativo; una moneta fattizia, la moneta del commercio, un biglietto di banca (1). È un valore che si cede, un valore che si compra; e quel valore è la provvista.

Si rivolge egli pure, come a forte alleato, all'articolo 136 (1). Che celerità di movimento: una parola, basta una sola parola, per trasportare la proprietà cambiaria!

Risponde all'obbietto che la provvista non deve farsi che alla scadenza; che sino a quel tempo il traente può ritirare i suoi fondi, ecc. È vero, il traente può non fare la provvista che a scadenza, ma può farla anche prima. Può ritirarla se fu fatta, ma può anche lasciarla dove sta. Sarà, se vuoisi, *una proprietà eventuale* quella del portatore; non se ne induce però logicamente che il portatore non verifichi i suoi diritti che al giorno della scadenza. Egli è nella posizione di chi ha acquistato per trasportarlo altrove, un oggetto, lasciando al suo venditore la facoltà di consegnarlo sino ad un certo termine. Il contratto non è meno perfetto, la proprietà è definitivamente acquisita; solamente vi ha di mezzo un termine che deve attendersi, eccettochè un fatto legale, il fallimento, ad esempio, non venga a farlo cessare.

Crede egli pure nell'art 149 (Vedi il seg. num. 762). Perchè non si dice ivi che si potrà fare opposizione al pagamento anche in caso di fallimento del traente? Per ciò appunto che *la provvista* rimane intatta, a tutta disposizione del portatore della lettera (2).

Questo sistema, per quanto assoluto nei principii, concede però di non aver applicazione se le merci inviate dal traente al trattario non sono state ricevute; se il danaro che il traente pensava d'inviare al trattario non è stato inviato; se la provvista non venne rimessa dal traente che nei dieci giorni anteriori al suo fallimento; se il trattario, essendo debitore del traente che lo ha avvisato della tratta su lui spedita, ha risposto di non accettarla, e invece si è liberato dal debito in un modo diverso (3). Ancora: il sistema non avrebbe applicazione se il traente invia delle merci a un terzo incaricandolo di anticipare sul prezzo passando l'importo di codeste anticipazioni al trattario. La provvista non è già formata delle merci stesse che non sono messe a disposizione del trattario, ma di quell'anticipo sul prezzo che gli sarà rimesso dal terzo commissionario o compratore (il che s'intende chiaramente), quindi la provvista non può avere di necessità altro punto di partenza che il giorno in cui è stata eseguita. Ne conseguita che, *se il traente fallisce prima dello invio*, il portatore non *ha alcun diritto esclusivo alla provvista* (4) che ricade alla massa dei creditori (5).

764. Giunto a questo punto il ch. autore che ci occupa, si trova a fronte altre difficoltà, quasichè non abbia fin qui abbastanza lottato contro gli ostacoli; noi dobbiamo anche stargli ai panni nel cammino che gli resta a percorrere; ma essendo materia che si rannoda strettamente al positivo del nostro articolo 204, ne riserbiamo l'esame in un orizzonte più limitato, mentre ci permettiamo di restare ancora in aria, per così dire, contemplando i principii in una certa astrazione.

Prendiamo atto che non trattasi *di privilegio* ma *di proprietà* (V. il num. precedente). Confesso che il privilegio lo comprenderei con minor pena. Colla lettera di cambio io acquisto un credito personale che potrà qualche volta esercitarsi con privilegio *sulla cosa* destinata al pagamento della tratta che io posseggo, statuendo un gius affine a quello dell'art. 74. Ma il passaggio della proprietà rimane inconcepibile. Prima di tutto bisognerebbe inten-

(1) Vedi il numero precedente.

(2) Pare però che la legge avrebbe dovuto distinguere fra il caso della provvista già fatta e il suo contrario; poichè il traente fallito non si troverebbe più in grado di effettuarla.

In appoggio della sua dottrina (sentendo bene che aveva bisogno di confortarsi nell'autorità) l'autore indica niente meno che diecisette decisioni delle Corti di Francia, e copia di nomi rispettabili (Dupuis de la Serra; Favard de Langlade; Vincens; Devilleneuve et Massé, num. 121 e 122; Goujet et Merger, num. 194; Thiercelin, note all'articolo 116, ecc.

In una speciale applicazione, che ci tocca molto da vicino, la Corte di cassazione francese giudicò che un sequestro eseguito sulla provvista di una lettera di cambio da un creditore del traente, è inefficace per quanto riguarda il portatore, e ricade in sua proprietà venuto il dì della scadenza (Cassazione francese, 19 novembre 1831, Sirey, vol. LI, part. I, pag. 20). Conseguenza logica del principio.

(3) Per esempio rinviando al traente dei biglietti all'ordine per valersene ad altre occorrenze (Nouguier, num. 274, 275, 276, 277.

(4) Parole testuali — *le porteur n'a aucun droit exclusif à la provision* — espressione che non sembra molto conferire alla proprietà messa in principio dall'autore.

(5) Cassazione francese, 20 marzo 1850 (Sirey, vol. L, part. I, pag. 249; Nouguier, num. 278).

dersi *quale sia l'oggetto* che vuole trasferirsi e si trasferisce dal vostro nell'altrui dominio (1). Intenzione di trasferire o di acquistare il dominio, oggetto determinato, atto di trasferimento, sono gli estremi incontestabili di questo fatto giuridico. Mi limito a parlare dell'oggetto. Voi mi richiamate ai principii del contratto cambiario; di quel contratto cambiario, ben intesi che non si effettua colla permutazione delle cose, ma per l'istrumento e intermediario di una lettera di cambio. Traente, mi promettete di farmi pagare a Marsiglia la somma, ossia *la quantità* pecuniaria che io vi ho sborsata a Genova. Io vi *do*, e voi *farete:* secondo la formola più sopra espressa (n° 763). Se vi è cosa che rappresenti e si sostituisca a quella che io vi ho data a Genova, ella è quella che io riceverò a Marsiglia. Ma per quanto ardito, il sistema non osa sostenere che il prenditore della lettera sia già investito *della proprietà della somma* che gli sarà pagata a Marsiglia. Allora tutte le azioni di credito sariano convertite in diritti di proprietà. Si preferisce di creare il rapporto di proprietà fra il credito cambiario e *la provvista*. La parola stessa *provvista* dovrebbe fare avvertiti i giureconsulti francesi che tanto ne abusano, del carattere di questa dazione, e in quali attinenze abbia ragione di esistere. *Si provvede il trattario* di mezzi per soddisfare la cambiale. Si provvede in tante guise che il concetto della proprietà non avrebbe nulla di preciso neppure nei rapporti di traente o trattario. Si mandano delle merci, si mandano degli effetti commerciali, dei valori, e s'intende come il trattario (o *trassato* in linguaggio di banca), che perciò si decide di accettare la tratta, ne diventi il proprietario. Ma la provvista può essere ideale, come si osservò in altro luogo, non soltanto materiale: può consistere in relazioni creditorie fra traente ed accettante, oltre le quali si ravvisano delle imputazioni, delle compensazioni, e la proprietà non attecchisce per nulla su questo terreno.

La provvista a tutto indirizzo del trattario, e fatta per lui, non può travolgersi con qualunque ingegnosa deduzione a rappresentare la proprietà del creditore della cambiale. Egli è un terzo vero e schietto in ordine alla provvista. Nel farla non si è mai pensato a lui, non si è mai avuto intenzione di trasferirne la materia in dominio di lui; egli ignora persino se vi sia una provvista e come sia formata. Non parlerò del rivoltante assurdo che l'aerea proprietà sia stata trasferita dal momento della emissione della lettera di cambio.

Il commercio dev'essere favorito, il favore del commercio è il mio grido; ma non è mestieri di farlo a spese di quei grandi e immutabili principii che sono e saranno il diritto di tutti i tempi. I legislatori non ne hanno la podestà, e niun legislatore commerciale, per quanto io sappia, lo ha mai osato. In qual senso debba intendersi la *proprietà della girata*, si è già divisato nel corso di questa polemica col pensiero di altro scrittore. NOUGUIER può aver risposto più o men bene, distinguendo *diritto eventuale* (di cui egli si contenta) da diritto certo, l'esercizio possibile dall'azione acquisita e inevitabile. Ma l'autore non si è accorto che indebolendo per tante guise e restringendo il concetto della proprietà, ha sensibilmente nociuto alla idea eziandio in quella ragione di eminente interesse commerciale in cui vorrebbe stabilirla. Che interesse ha mai il commercio in queste piccole e difficili sorprese del materiale della provvista; lasciando stare che anche quello dei creditori di un fallito è un interesse considerabile, e la uguaglianza dei diritti, generalmente parlando, più raccomandabile del privilegio? Ma sopratutto NOUGUIER dimentica che prima di occuparsi delle obbiezioni, in faccia alle quali ha dovuto battere un'onorevole ritirata concentrandosi nell'ultimo ridotto, doveva provare in qual modo la proprietà del creditore cambiario sulla provvista avrebbe potuto formarsi. Il credito cambiario è di natura sua personale, la fiducia lo vivifica, la fulminea celerità dei suoi movimenti rende impossibile il traino di guarentigie materiali; i legislatori si sono ingegnati di supplirvi coi mille accorgimenti di cui hanno circondata questa grande istituzione giuridica e sociale (2).

765. Il nostro articolo 204 ha troncata ogni questione, ha fatto onore alla logica del diritto cambiario. I suoi due capoversi sono la esplicazione pratica del principio consacrato nel primo periodo.

Sono controversie che non si presentano che nei cattivi tempi, quando da qualche parte vi ha fallimento. Il nostro Codice prevede quello

(1) Articolo 1117 del Codice civile.

(2) Possono anche riscontrarsi il Commento di ALAUZET, num. 820, 821 e seg., che batte piuttosto la campagna, e RIVIÈRE, pag. 501, che al solito propone, colla concisione sua propria, i vari sistemi, e non si emancipa neppur lui dalla giurisprudenza del suo paese; nè era cosa da potersi pretendere.

del traente, e distingue fra il caso dell'accettazione avvenuta e quello della non accettazione. Se la lettera non è stata accettata, malgrado la già eseguita provvista, questa, dice il testo, *ritorna alla massa*, ossia ricade a benefizio dei creditori del traente fallito, con ciò significando che la provvista non è divenuta proprietà del trattario contro la intenzione del traente che glie l'ha spedita. Il sindaco del fallimento potrà quindi rivendicarla, se *in corpore* ed esistente, o potrà averne azione di credito verso il trattario se la provvista è del genere incorporale (1). Mancherebbe al trattario ogni titolo per appropriarsi la cosa o il credito. Questa determinazione della legge ha la impronta della giustizia, ma al commento resta qualche funzione; se non risolvere quesiti, metter in chiaro le cose.

Varie ipotesi possono idearsi, partendo sempre dal supposto della provvista effettuata dal traente prima del suo fallimento.

a) Non si è ancora presentata al trattario la lettera dal possessore. Il trattario non ha dichiarato di non volerla accettare, perchè non ha potuto; viene il giorno della scadenza, ed egli paga (2). È chiaro che avendo consumata la provvista che gli valse di rimborso nel pagamento, si fa luogo all'applicazione semplice del secondo capoverso dell'articolo 204. Abbiamo il fatto compiuto.

b) Indipendentemente dal fatto del pagamento che il trattario ha eseguito sapendo o ignorando il fallimento del traente, ma che sapeva esser obbligo suo dopo la fornitagli provvista, evidentemente il rappresentante dei creditori del fallito potrà chiedere contro il trattario *il ritorno dei valori somministrati a quel fine* ove consti del rifiuto di accettazione per parte del trattario (3).

c) Nel caso medio che il trattario non abbia accettato nè abbia rifiutato, non essendogli stata ancora presentata la lettera di cambio dopo il fallimento del traente, è nonostante in facoltà dei creditori di troncare ogni rapporto contrattuale col trattario, e dirgli, restituitemi la provvista? In altri termini, si deve aspettare che sia venuta al trattario l'occasione di esprimere la sua volontà, indi, giusta l'accettazione o il rifiuto, esigere o no la restituzione della provvista?

Non pare. È un principio che può valere anche in questa specie; i diritti che non abbiano in sè la condizione della loro eventualità, non rimangono in sospeso. Se la provvista *non tornasse de jure* (previa domanda, ben intesi) alla massa, si potrebbero anche autorizzare sequestri di singoli creditori in mano al trattario, quantunque con effetto ambiguo, in aspettazione di un avvenimento. Ciò non può ammettersi. La provvista rimane adunque incorporata al patrimonio come se si fosse trovata ancora presso il traente. Vi è anche un altro riflesso. Il trattario potrebbe fallire (si fallisce così facilmente) o la provvista perire; cessata col fallimento la relazione di fiducia personale, i rappresentanti della massa correrebbero gravi responsabilità se non reclamassero immediatamente il loro diritto.

Pertanto l'ultimo periodo dell'art. 204 sembra doversi spiegare così: nel caso di *accettazione anteriore* al fallimento, o anteriore alla istanza della restituzione, la provvista rimane al trattario.

È massima nota che il traente dopo aver fornita la provvista può anche ritirarla, può disporne ad altro fine sino alla scadenza (4). Questa facoltà è uno degli elementi logici del sistema che noi propugniamo (il sistema del Codice): obbligo della provvista alla scadenza: niun diritto di proprietà, di privilegio o di credito sia acquisito sul valore o materiale della provvista. Per conseguenza, disponibilità rimasta nel traente. Se i diritti del traente fallito sono passati nella massa, essa dunque per organo dei suoi rappresentanti può revocare al trattario il mandato non ancora accettato, e ritirare la provvista (5).

d) Sin qui abbiamo vedute applicazioni del principio al caso del fallimento del traente. La legge non accenna a quello del trattario ed accettante. Svolgendosi l'argomento con altre idee, veniamo a parlarne nel numero che segue.

766. Pongasi in ipotesi il fallimento del trattario.

L'articolo 204 insegna che IN NIUN CASO il

(1) Se il trattario che non ha accettato è debitore in conto corrente, dovrà pagare alla massa il debito: ciò è naturale.

(2) Che il trattario possa o no rifiutare il pagamento atteso il fallimento del traente, è ciò che vedremo all'articolo 208, e se ne dà cenno anche al numero che segue: qui supponiamo il pagamento.

(3) Così gli si domanda il credito risultante dalla chiusa del conto corrente.

(4) « Non seulement il (possessore) n'a pas le « droit d'en exiger une (provvista), mais il ne saurait « empêcher *que le tireur* dispose de ce qu'il « aurait d'abord fournie » (Bédarride, num. 164.

(5) Salvo il pagamento della cambiale; del che discorro più avanti.

possessore di una lettera di cambio protestata ha diritto sulla provvista.... E parla di *lettera protestata* come della sola emergenza nella quale era solita ad elevarsi la disputa, presentando argomenti più o meno acconci alla pretesa dei possessori delle lettere di cambio che aspiravano a metter la mano sulla provvista come ad essi devoluta. La espressione adoperata dall'articolo indica una riprovazione generale; l'abolizione di ogni sistema favorevole al diritto di proprietà acquisito o acquirendo al possessore della lettera di cambio sulla provvista. Ma è da vedersi, non già se al possessore della lettera di cambio, come tale, possa spettare diritto di proprietà, da risolversi nell'esercizio della rivendicazione; o spetti piuttosto allo speditore degli effetti, che sarebbe il traente; o in quanto sia subentrato nei diritti del traente, allo stesso possessore della lettera di cambio. La posizione insomma della questione sarebbe questa: se il fallimento del trattario abbia per effetto di costituire il rimettente della provvista creditore semplice e gregario per confonderlo nella massa dei creditori del fallito, o, in determinate circostanze, gli attribuisca esercizio di privilegi e diritti di proprietà sulle cose stesse da lui spedite al trattario e ancora esistenti.

L'articolo 687 accorda la rivendicazione « *delle rimesse in effetti di commercio o altri* « *titoli non ancora pagati*, e che sono ancora « posseduti in natura dal fallito al tempo « del fallimento..... *quando dal proprietario* « *siano state destinate a determinati paga-* « *menti* » (1).

L'art. 583 del Codice di commercio francese è più esplicito sul presente soggetto. « Les « remises en effets de commerce, ou en tous « autres effets non encore échus, ou échus *et* « *non encore payés*, *et qui se trouveront en* « *nature dans le portefeuille du failli*, à l'épo- « que de sa faillite, pourront être revendi- « quées, si ces remises ont été faites par le « propriétaire avec le simple mandat d'en « faire le recouvrement, et d'en garder la va- « leur à sa disposition, *ou si elles ont reçu de* « *sa part la destination de servir au payement* « *d'acceptations ou de billets tirés au domicile* « *du failli* ».

Se la nostra legislazione adotta termini più estesi, abili a comprendere molte specie di fatti congeneri, non è però che il caso da noi contemplato non vi sia comodamente contenuto. Ma d'altra parte è chiaro che denno verificarsi le condizioni di fatto divisate dall'articolo 687.

Rimesse possedute in natura saranno gli identici effetti di commercio, le identiche mercanzie spedite col timbro di una destinazione specifica, onde il trattario viene costituito depositario secondo la nozione dell'articolo 1835 del Codice civile. *Se i titoli sono stati pagati*, realizzati i valôri, siamo fuori dei termini ben precisati dal prefato articolo 687.

Bisogna, diremo così, contentarsi del possibile giuridico, e non forzare una disposizione e contro il suo dettato positivo e contro la ragione dei principii dai quali è informata. Ma chi è preoccupato da un'idea fissa, non serba sempre questa misura.

Gli scrittori francesi che professano di sostenere i diritti di proprietà dei portatori delle lettere di cambio sulla provvista, eccedono nella interpretazione del loro articolo 583, quantunque, in ordine al principio, niente diverso dal nostro 687.

Sentiamo il ragionamento di Nouguier, che pone in teorema — *la solution sera la même si les valeurs ont été réalisées.*

In luogo degli effetti stessi, egli dice, il trattario ritiene in deposito le somme che li rappresentano. Cotali somme avendo una destinazione speciale, non sono quindi proprietà del fallito; non possono servire, a titolo di dividendo, per pagare i suoi debiti personali: i creditori verrebbero ad appropriarsi i danari di un terzo. Qui viene una metafisica che non si può esprimere che colle sue parole. « Dans « cette hypothèse, la rivendication admise par « les articles precités *ne sera pas la loi de la* « *matière, les valeurs n'existant plus en na-* « *ture;* mais le tireur, ou le porteur, son ces- « sionnaire, s'appuyeront sur les principes gé- « néraux en matière de dépôt, sur la nature « du contrat de change, et sur l'article 136 « du Code de commerce » (n° 280).

Si appoggeranno su troppe cose per avere un appoggio solido. In primo luogo la legge che si deve pur rispettare. La francese, come la nostra, pongono ben netta la restrizione, effetti di commercio e titoli *non ancora pagati.* Ciò esclude a colpo sicuro il rappresentativo del prezzo, *non debendo*, che sarebbe altra cosa, *ma del prezzo pagato.* L'art. 688 parla di *prezzo rivendicabile*, ma sempre di quello ancora dovuto. Tuttavia distinto dai danari del fallito, messo a riscontro del titolo ceduto, può ritenersi il suo surrogato, una volta però

(2) Così l'articolo 620 del Codice di commercio albertino.

rimescolato il danaro in mano al cedente, confuso nella cassa del fallito, o disperso in altre erogazioni, l'idea della rivendicazione è fuori dei possibili.

Sarà, se volete, la *legge della materia*, ma bisogna bene sottostare a questa legge quando trattasi di rivendicazione (1). Forse un qualche costrutto può ricavarsi dalle teorie del deposito? « Il depositario deve restituire l'*identica cosa* che ha ricevuto (articolo 1848). Se il depositario ha alienato gli effetti, è tenuto a gran rigore personalmente; l'acquisitore di mala fede può anch'essere tenuto, ma del rivendicare il danaro come corpo surrogato quando si è riscosso, niuno lo sogna. Quanto risponda, tentato e ritentato l'articolo 136 del Codice di commercio francese, fu esaminato nei numeri precedenti. Saprei volontieri, perchè io non ho potenza d'immaginarlo, come i principii generali del cambio si prestino alla inversione di codesti principii elementari della rivendicazione.

Qui finisce l'arduo còmpito del Nouguier. Venuto al punto che la provvista sia formata *simpliciter* di crediti in conto corrente, egli stesso si piega alla evidenza, riconosce impossibile la teoria del privilegio, e *la provvista col fallimento del trattario*, accettante se vuolsi, *rimanere annientata*.

767. Scrivendo un trattato, il luogo non sarebbe inopportuno per osservare in quale posizione vengano a trovarsi, anche sotto questo aspetto, gl'interessati di una lettera di cambio insoluta al fallimento del traente o del trattario, o di amendue; ma il commento si proroga all'esame dell'art. 249.

SEZIONE III.

Dell'accettazione.

Articolo 205.

Il traente ed i giranti di una lettera di cambio sono garanti in solido dell'accettazione e del pagamento alla scadenza, salvo il disposto dall'articolo 225.

768. *La promessa del traente di procurare l'accettazione è implicita e della natura della operazione cambiaria, non appartiene alla di lei essenza.*

769. *Indole accidentale dell'accettazione. Casi in cui non ha luogo.*

a) *Tratta per conto, in quanto, generalmente parlando, il traente non ha il debito della provvista; e diviene in certo modo estraneo al fatto dell'accettazione, che però non è esclusa;*

b) *Tratta sopra se stesso;*

c) *Clausola* — non suscettibile d'accettazione;

770. *Se il creditore della cambiale sia obbligato di richiedere nel più breve tempo possibile l'accettazione del trattario; o sia in di lui facoltà richiederla in qualunque tempo, o anche non richiederla.*

771. *Di casi nei quali la richiesta d'accettazione si rende obbligatoria al possessore della lettera di cambio.*

a) *Prescritto dell'articolo 246;*

b) *Obbligo impostone dal traente al portatore;*

c) *Dai giranti al loro cessionario.*

(1) *Hæc actio*, disse (Bartolo alla Leg. 1 de rei vendicatione) *est ad rerum singularium petitionem et competit pro omnibus rebus corporalibus*. Le cose che colla commistione mutano specie, *desinunt esse domini prioris et res specificantis efficiuntur* (Bartolo, ad Leg. 5, § 1).

768. È sempre indicata nella lettera di cambio la persona che dee pagarla. L'accettazione però non è una necessità del sistema cambiario; difatti quel gran pedagogo della cambiale, che è l'art. 196, non ne fa parola. Evidentemente il Codice di commercio si viene svolgendo da un cumulo di nozioni che egli prende di fuori; noi lo intendiamo perchè le abbiamo già in mente quelle nozioni, senza di che dovrebbe parerci assai disordinato il procedere del Codice. Dall'organismo della cambiale passa alla provvista dei fondi, e si limita a indicarci la sua forma meno appariscente come bastante a salvare il traente dalle azioni del possessore della lettera di cambio che viene dall'aver mancato al debito di fare il protesto. La provvista è occasione per accennare all'accettazione senza dire di chi, nè farci sapere se quest'accettazione sia qualche cosa di essenziale o di accidentale nella funzione cambiaria; e standoci nella incertezza, si legge poco appresso *che il traente ed i giranti sono garanti in solido* non solo del pagamento, ma eziandio dell'accettazione. Si direbbe inevitabile che al pagamento preceda l'accettazione che n'è il preliminare o la preparazione; è innegabile per contro che la prontezza del pagamento può renderla inutile (1). Non è dunque assoluto il disposto dell'articolo 205 malgrado il piglio imperioso. Da un altro lato è ritenuto costante, che il traente non è obbligato di provvedere i materiali per eseguire il pagamento se non quanto basti perchè siano disponibili alla scadenza. Malgrado ciò, e quasi per opposto, il traente, e i giranti con lui, sono come costretti ad anticipare di lunga mano la provvista onde procurarsi l'accettazione. La scienza deve render ragione di codesti veri ma saltuari concetti del Codice.

L'atto d'accettazione, a più o meno di distanza dal pagamento, non è dell'essenza della operazione cambiaria: ciò è indubitato. Ma sono aspetti assai diversi, considerare l'accettazione come *essenziale*, e considerarla come una guarentigia *naturale* alla operazione cambiaria. Se questa si svolgerà ed avrà l'esito conforme al suo scopo, non vi sarà pretesto per annullarla quasi sia stata violata alcuna sua forma essenziale. Ma nell'aspetto della guarentigia, l'atto di accettazione è il perfezionamento, e se fosse lecito prendere a prestito una gran parola, il coronamento dell'edifizio cambiario. Per esso atto soltanto si acquista la certezza del concorso effettivo del pagatore designato e nominato nella lettera; del concorso cioè di tutte le forze in virtù del quale la lettera di cambio possiede tutta l'attitudine di cui è capace, invita agli acquisti, e batte con ala robusta le vie della circolazione.

Non vi ha incompatibilità giuridica fra il poter ritardare la provvista sino in prossimità della scadenza, e l'obbligo di far prestare l'accettazione. Se il possessore della cambiale non si presenta al trattario, la cosa può correre sino alla scadenza. Il trattario può accondiscendere all'accettazione senza la provvista. Il traente può andar d'accordo con lui e ritirarla per fornirla di nuovo. Tutto ciò adunque che si dice sulle modalità di questa prestazione in ordine al traente che n'è il debitore, è subordinato all'obbligo di ottenere al creditore il formale e anticipato consenso della persona che deve pagare; e in quanto la provvista può essere un mezzo, è necessario al traente impiegarlo in guisa che giovi a conseguire lo scopo.

La formola cambiaria contiene l'imperativo *pagate*, non già *accettate*. La persona designata al pagamento può non fare nè l'uno nè l'altro; ma quanto al fabbricatore o datore della lettera è una promessa che altri farà entrambe queste cose sotto la responsabilità di esso promittente. Ripeto, la promessa del traente ha tutto questo sviluppo per la natura della operazione che si attua mediante una lettera di cambio, per forza delle consuetudini ed usanze commerciali che introdussero la cautela dell'accettazione preventiva al pagamento, quale uno dei requisiti dell'obbligazione cambiaria fondamentale nei suoi termini più comuni.

769. Poichè la promessa dell'accettazione è nella natura del tessuto cambiario non però essenziale, vogliono osservarsi alcuni casi nei quali o cessa tale obbligazione del traente, o resta almeno una certa dubbiezza.

a) Il traente non fa per sè, ma per altri; è un traente *per conto*. Quali sono i suoi obblighi verso il trattario, quali verso il possessore per ciò che riguarda l'accettazione della lettera di cambio?

Noi abbiamo più che delibata la materia della *tratta per conto* esponendo l'articolo 197. Chi trae per conto di un terzo è veramente un procuratore, e si adopera in tale qualità: e se

(1) Una cambiale pagabile all'ordine di Tizio, da Livorno a Roma, senza termine, alla presentazione, è soddisfatta, non accettata.

egli confida, come deve, al trattario il nome della persona della quale è agente, è una conseguenza che deriva dalle regole generali del mandato, ch'esso trattario non stipula con lui ma col mandante. Ciò presume un'intelligenza anteriore, un accordo che precede la presentazione della cambiale all'effetto dell'accettazione. Se il corrispondente si è acquietato; non ha contraddetto; accettò di poi puramente e semplicemente, il traente per conto è disobbligato verso di lui per qualunque evento.

Non è infrequente che il trattario intenda premunirsi colla garanzia sussidiaria dello stesso traente, e sono affari di convenzione di cui non si occupa la teoria (1). Si crede anche potrà il trattario aggiunger tal cosa alla formola della sua accettazione da mettere in chiaro la sua volontà di tenersi obbligato il traente per conto. Mi conviene riserbare questa materia all'esame dell'articolo 211. Basti ora stabilire che, cessando l'obbligo di fornire i fondi, il fatto dell'accettazione diventa in qualche modo estraneo al traente, rimpetto almeno al trattario.

b) Più considerevole in relazione all'esistenza medesima della accettazione, ossia quanto al ritenerla come un requisito dell'esercizio cambiario, è la tesi che si fonda nello intrinseco costrutto dell'articolo 197, *il traente può trarre sopra se stesso.*

Qui veramente si fa manifesta l'indole accidentale dell'accettazione, presentandosi una formola eminentemente legale che la rende impossibile, supponendo il fatto dell'accettazione una persona distinta da quella del traente, e due debitori. Il traente sopra se stesso non perfeziona, è vero, il contratto, anzi non mette in essere il contratto senza cedere la lettera e farvi entrare un creditore diverso da lui (2). Non è un *debitore* però che s'introduce, ma un *creditore*, il creditore che manca; ed ogni obbligo rimane concentrato nel traente. Ecco dunque una lettera di cambio che non può pretendere all'*accettazione di terzo*, e dove, ripeto, l'accettazione è impossibile.

In presenza di tale natura di recapito cambiario e delle conseguenze che ne derivano, tacciono le disposizioni relative all'accettazione, e si modificano profondamente i rapporti giuridici fra gl'interessati. Non si tratta più di provvista perchè il traente la farebbe a se stesso; inapplicabile anche in ordine ai giranti l'articolo 205; se non che dovendo essere il domicilio del pagamento necessariamente altro dal luogo onde fu spiccata la cambiale, ivi dovrà essere ricercato, ivi si farà il protesto, come diremo a tempo opportuno.

c) Si può stipulare la clausola — *non suscettibile di accettazione.*

La clausola suppone l'esistenza di un terzo trattario, ma si vuol precludere al creditore l'esercizio del diritto dell'accettazione; e perchè naturale e inerente, come si disse, al negoziato cambiario, occorre una convenzione espressa. Suole apporsi nelle tratte a corta scadenza, per tenui somme, da banchieri sicuri (3).

—

770. *Obblighi e diritti del possessore della lettera di cambio relativamente all'accettazione.*

Se incomba al prenditore, consegnatario, portatore della lettera di cambio, come si voglia chiamarlo, l'obbligo di presentarla senza indugio per l'accettazione, o possa differire la richiesta, o anche non farla, pare che la dottrina nuova abbia molto variato dall'antica.

Troviamo una folla di scrittori d'altra età che professavano il principio, essere da considerarsi il prenditore di una cambiale non tanto quale compratore o cessionario della lettera, quanto *procuratore del traente*, facendosi la cessione *pro solvendo* e non *pro soluto*. « Quare ex his concludebam, insegnava il CASAREGI, mandatarium recipientem hujusmodi « literas cambiales *teneri ad illas statim præsentandas, nec non earum acceptationem curandam* » (Disc. 54, nº 5) (4).

Era talmente ferma quest'idea in quei maestri di cose commerciali, in relazione anche agli usi allora vigenti, che passava come legge doversi rimettere immediatamente e *per la*

(1) Per la stessa ragione se chi ha tratta la lettera scrivesse al banchiere — *metà per me, metà per Giacomo* — io non sarei tenuto che a versare la metà dei fondi, l'altra metà il banchiere dovrebbe domandarla a Giacomo (POTHIER, *Contrat de change*, num. 105).

(2) Come fu ampiamente dichiarato esponendo questa interessante determinazione dell'art. 197.

(3) NOUGUIER, num. 315; BÉDARRIDE, num. 475. Così dicasi se il pagamento è *a vista*.

(4) La massima si vede sostenuta e indicata come positiva dallo stesso CASAREGI, *Cambista istruito*, cap. VI, V, VII, e in altri luoghi delle sue opere; dal TORRE, *De cambiis*, disputat. 2, quest. 3; dal BALDASSERONI, *Leggi di cambio*, part. II, art. 1; dal FRANCHI, *Instit. jur. camb. lib.*, sect. II, tit. VI, § 1; dal PHOONSEN, *Loix et coutumes de change*, chap. X, § 3, dal DUPUY, da EINECCIO e da altri, e roborata da molte decisioni.

prima posta la lettera alla piazza ove doveva esser pagata per riportare dal trattario l'accettazione o il rifiuto (1).

Ragionando per via d'esempi, la cambiale, dicevasi, è acquistata per conto di un terzo, il prenditore trascurando la rimessa, e non seguendone la pronta accettazione, può recare al suo committente irreparabili pregiudizi. Se il traente fallisce prima dell'accettazione, il trattario può rifiutare il pagamento; non così se avesse accettato.

Accade ancora che avendosi più esemplari della lettera di cambio, si giri la seconda e si trattenga la prima per l'accettazione. Se questa è rimessa senza il menomo ritardo, si fa il supposto che sarebbe arrivata in tempo prima del fallimento del traente; il ritardo ha portato che il trattario non ha voluto accettare; quindi quel solo debitore che sarebbe rimasto a soddisfarla, è perduto (2).

Di presente noi non comprendiamo rispetto al possessore l'accettazione se non sotto la forma di una facoltà. L'Ordinanza del 1673 lo aveva dichiarato; non s'incontra uno scrittore che non dica: « C'est une faculté qui est « laissée à sa discretion (del possessore) *et « non un devoir auquel il est soumis. Jusqu'au « moment de l'échéance le porteur peut user « de ce droit;* mais l'échéance arrivée, le sort « de la lettre de change est fixé, et l'ac- « ceptation ne saurait plus être utilement re- « clamée » (3).

Questa parte della dottrina commerciale non avrebbe forse ragione nell'ordine dei principii, la sua direzione sarebbe forse arbitraria e variabile come la usanza? Lasciamo stare il modo teorico, e in lingua povera diciamo. Il creditore della cambiale ha un pagatore assegnato al quale dovrà chiedere il pagamento. È una eccellente cautela senza dubbio quella d'interpellarlo in prevenzione e di assicurarsi dell'annuenza e concorso del debitore. Il creditore vi sarà allettato dal suo proprio interesse. Ma siamo ancora in termini di facoltà e di diritto. Io ho diritto d'iscrivere un'ipoteca e non voglio? Chi può obbligarmi? Vi si risponde: è vero, chi ha un diritto da esercitare non può essere costretto ad esercitarlo; se peraltro non lo esercita con quella diligenza che conviene, e per ciò gliene vengano pregiudizi, dovrà contentarsi di sopportarli. Ciò è ben naturale; ed è in questo senso che gli possono essere imposti degli obblighi nei modi stessi di usare delle sue facoltà; e non è in senso diverso che ragionavano i nostri maestri del tempo andato. Badate bene, essi dicevano al creditore porgendogli eccellenti consigli; voi potete pregiudicarvi; può fallire il traente, e coi vostri indugi esporvi a perdere l'ultimo debitore che vi resta, poichè il debitore assegnato o delegato non avendo ancora assunta l'obbligazione, potrà avere delle buone ragioni per non volerla più assumere. Ecco dove sta la divergenza che non ci toglie di esser d'accordo (4).

Data la facoltà in tutta la sua estensione, il possessore della lettera di cambio può anche non chiedere l'accettazione, e non comparire che a riscuotere nell'ora della scadenza. Se fattane la richiesta il debitore assegnato non vuole obbligarsi, il possessore è libero di non protestare, libero di non notificare il protesto. Si è sempre liberi per pregiudicare a se stessi.

771. Ma vi hanno casi nei quali la richiesta d'accettazione si rende obbligatoria.

a) Quando il termine a fare il pagamento non decorre che dalla data della presentazione. È la legge stessa che ne impone al possessore della lettera di cambio il dovere (articolo 246). Ne parleremo a suo luogo.

b) Convenzione col traente.

Varie formole corrono in commercio inducenti la obbligazione del possessore della lettera di cambio ad interpellare il trattario, anche posta la scadenza a termine fisso. *Pagate all'ordine di Pietro che farà accettare.* Ovvero, *pagate all'ordine di Pietro che farà il necessario*, e simili.

In siffatte formole, che nello stile cambiario sono per solito vaghe e comprensive, non ravvisi prefissione di tempo. S'intenderà *al più presto*, s'intenderà *in maniera da ovviare ai pregiudizi.* L'uso vi arreca il suo potente contributo interpretativo. L'effetto difatti della inosservanza non sarebbe già la decadenza del possessore dai suoi diritti verso gli obbligati,

(1) CASAREGI, *Cambista istruito*, cap. VI, §§ 1 e 2; DUPUY, cap. XIV, § 1; BALDASSERONI, p. II, art. 1.

(2) PHOONSEN, chap. X, § 23; BALDASSERONI, p. II, art. 1; EINECCIO, *Elem. juris. camb.*, cap. II, § 16.

(3) NOUGUIER, num. 504; BÉDARRIDE, num. 173; RIVIÈRE, pag. 307.

(4) Mancherei alla esattezza se non indicassi che un cangiamento di veduta giuridica si manifestò quando la consuetudine fu sottoposta alla scienza nelle discussioni preliminari del Codice. Il creditore della lettera di cambio depose la qualità di *mandatario del traente* che si era in lui raffigurata, e restò *il proprietario* (Processi verbali del Consiglio di Stato del 29 gennaio 1807, LOCRÉ, t. XVIII, pag. 56). Praticamente veniamo a conseguenze conformi.

igitized by Google

nè la distruzione del contratto cambiario. L'inosservante si esporrebbe ad un'azione di risarcimento di danni (1).

La base o materia dell'azione per risarcimento di danni deve consistere in qualche perdita reale ed effettiva cagionata dalla negligenza del creditore agli altri interessati; questione di fatto, risolubile a grado delle circostanze. Ma non avrebbe qualche altro effetto, non dirò di esonerare nell'importanza del debito gli obbligati della cambiale, ma dal prestare certe generali o speciali loro responsabilità verso il creditore?

Lo scoglio paventato è sempre il fallimento del traente; poichè quello dell'accettante distruggendo, come dicesi, la provvista, e non presentando più che uno scheletro di debitore, fa che anche la cautela dell'accettazione sia diventata inutile. E allora ritornano gl'inconvenienti ravvisati nel nostro n° 770; e se per colpa del portatore *obbligato a procurare la più sollecita accettazione*, il trattario si è ritirato, il portatore sentirà opporsi dai giranti ch'egli è la causa vera del danno che ne è derivato.

c) Anche i giranti potranno a propria guarentigia imporre al loro cessionario l'obbligo di sollecitare l'accettazione che non si fosse ancora tentata (2).

In simili casi non riveste qualità di mandatario il possessore della lettera, rimane nel suo essere e ragione di proprietario; si carica di un'obbligazione di più. Ma quella del traente e dei giranti, scritta nell'articolo 205, non vien meno e non si attenua, se il proprietario della lettera è sollecito di adempiere alle proprie (3).

Articolo 206.

Il rifiuto di accettazione si prova per mezzo di un atto che si chiama *protesto per mancanza d'accettazione.*

Articolo 207.

I giranti ed il traente, ai quali viene notificato il protesto per mancanza di accettazione, sono rispettivamente obbligati di assicurare mediante fideiussione il pagamento della lettera di cambio alla sua scadenza, o di farne il rimborso colle spese di protesto e di ricambio.

Il fideiussore del traente o del girante non è tenuto in solido che con quello dei due del quale si rese fideiussore.

772. *Protesto che prova il rifiuto di accettazione; il mezzo è tassativo, e non può surrogarsi neppure colla dichiarazione negativa del trattario.*

773. *Se e quale azione possa esercitare il portatore della lettera di cambio contro il trattario che si rifiuta all'accettazione.*

Se agendo spontaneamente contro il trattario, il creditore si pregiudichi verso i suoi garanti naturali.

774. *Della solidarietà che riunisce nella obbligazione della cauzione il traente e i giranti. Effetti della solidarietà.*

775. *Della cauzione. Suo oggetto. Fin dove si estenda la solidarietà del fideiussore. Alla solidarietà corrisponde il beneficio dell'esonero che sia per derivare al garantito dalla negligenza del creditore.*

775 bis. *Cenno di procedura.*

776. *Di alcune situazioni eccezionali prodotte dall'applicazione dell'articolo* 207.

a) *Pagamento facoltativo agli obbligatari in luogo della cauzione;*

b) *Chi di loro fa il pagamento non ha diritto di costringere i coobbligati al rimborso;*

c) *Identica condizione del dator d'avallo.*

---

(1) Bioche et Goujet, *Dictionnaire de procedure*, v° *Effets de commerce*, § 2, art. 1, num. 52 e 54; Nouguier, n. 511; Devilleneuve et Massé, *Diction.*, v° *Lettre de change*, num. 154, ecc.

(2) Cassazione francese, 3 giugno 1839 (*Journal du Palais*, 1839, part. II, pag. 419).

(3) Quali siano gli effetti della garanzia in ordine all'accettazione è la materia del seguente art. 207. Vedi anche il num. 774.

Digitized by Google

772. Eccettuati i casi di speciale obbligazione indicati nel precedente paragrafo ed altri consimili, al possessore della lettera di cambio è facoltativo il presentarla per l'accettazione (n° 770); ma codesta facoltà inchiude anche quella del protesto? Noi lo abbiamo affermato col consenso della dottrina comune; difatti se il possessore, libero negli affari che lo riguardano, può non richiedere l'accettazione, può anche trascurare le altre cautele che sono accordate nel suo solo interesse, quella cioè di non constatare il rifiuto d'accettazione (1). Perciò la legge non ne fa un comando al possessore della lettera di cambio, ma si limita a suggerirgli il modo con cui egli potrà comprovare verso i suoi obbligati il rifiuto di accettazione — *il rifiuto d'accettazione si prova, ecc.* È ben chiaro che il modo è tassativo, insurrogabile: non può il possessore volerne fare la prova con altri mezzi.

Ve ne sarebbe uno che potrebbe ritenersi diretto e della maggior efficacia; la dichiarazione scritta del trattario di rifiutare questo atto, di non volerne sapere; dichiarazione che, quando fosse motivata, darebbe delle spiegazioni che altrimenti non si possono avere. Contuttociò questa forma non piacque ai legislatori del Codice di commercio; nè potrebbe giammai tener luogo ed equivalere al protesto. Primieramente era mezzo incertissimo; il trattario per ciò solo che si presenta alla sua firma una lettera di cambio, non ha obbligo nessuno: non quello di accettarla, non quello di dichiarare di non accettarla. Poi una dichiarazione di parte implica la necessità di verificarla; se motivata, quella di discutere i motivi: era d'uopo adottare un mezzo generale, legalmente certo, preciso, indiscutibile.

Il possessore della lettera di cambio non è dispensato dal protesto per difetto di accettazione, neppure se munito di avallo (NOUGUIER, n° 367).

773. Il trattario è libero, si è detto, di non accettare; la proposizione però si circoscrive entro certi limiti.

Talvolta il creditore della cambiale si troverà portato dalla forza delle circostanze a battersi col trattario rifiutante, non restando dietro di lui veruna riserva di debitori sui quali avere un ricorso valido (2). Allora egli aguzzerà le armi contro lo stesso trattario, e cercherà il suo lato vulnerabile. Crede di poter provare che il trattario *ha ricevuto dal traente la provvista dei fondi*. Egli se ne vale, come fondamento di diritto, non tanto in rappresentanza di lui, quanto perchè nella sua qualità di proprietario è investito di tutte le azioni connesse al credito. Il trattario rientra in quella posizione medesima che avrebbe di fronte al traente del quale il creditore è vero successor singolare, e può opporre tutte le eccezioni che all'altro potrebbe; liberarsi dalla domanda colla compensazione; mostrare di aver già col consenso del traente restituita la provvista. Se il trattario ha subito dei sequestri da' creditori del traente, risponde giustamente trovarsi impedito non solo al pagamento, ma eziandio all'accettazione che per lui equivale al pagamento. Questione allora fra il portatore della lettera e i sequestranti per rimuover gli ostacoli frapposti coi loro sequestri (3).

Con tutto questo si tratta di un fatto, e ninno può esser costretto per forza di diritto a prestare un fatto specifico. Nondimeno la istanza nella sua conclusione tenderà a far assegnare al trattario un breve termine a prestare l'accettazione, sotto comminatorie che a norma delle circostanze potranno variare. Se la condizione economica di quell'uomo è buona, si chiederebbe una dichiarazione del tribunale esser lui obbligato a fare il pagamento a scadenza, e risarcire i danni in causa della non accettazione. Ove le cose volgano in peggio, sarà in podestà del tribunale ingiungere al trattario una cauzione, e in difetto il pagamento senz'altro, quando non fosse caso di debito costituito a termine non ancora scaduto.

Dubbio se il portatore possa esercitare l'azione indiretta contro il trattario, stando ancora in sodo e con buona riputazione il traente; e molto più essendovi dei giranti, e se esercitando codesta azione, non si abbandonino quelle garanzie che la legge accorda per speciale indole del diritto commerciale (4), e con disposizioni espresse.

Mi sentirei tratto ad escludere l'idea di un diritto d'azione non corrispondente al tracciato legale, e dechinante ad un movimento affatto diverso. La legge nell'articolo 205 di-

(1) Bene intesi col pericolo di perdere un debitore nel trattario, e la garanzia verso gli altri coobligati.

(2) Se il traente sia divenuto solvibile, se non abbia giranti che lo difendano, o siano essi pure in mala condizione.

(3) PARDESSUS, *Droit commercial*, n° 416.

(4) Si è avvertito altrove che il diritto civile non richiede in principio — *debitorem esse locupletem* — ed essere garanzia peculiare al diritto cambiario.

Digitized by Google

chiara quali sono i garanti naturali dell'accettazione; poi nell'articolo 207 ammaestra come si esplichi praticamente questa garanzia. Sarà permesso al possessore della lettera di cambio, respinto dal trattario, attaccar lite immediatamente con lui, senza occuparsi dei suoi garanti diretti, riserbandosi di volerla anche con loro qualora non riesca nei suoi attacchi contro il trattario? L'esercizio delle azioni indirette, come quella di cui parliamo, generalmente parlando, è sussidiario. Quindi, benchè sia vero che non è del trattario una tal eccezione, può fortemente dubitarsi se convolando senz'altro a questo mezzo, pel principio *una via electa*, ecc., non trovi difficoltà a bilanciarsi di poi contro i suoi giranti naturali, quasi abbia preferito un altro modo di soddisfazione.

Ma questo rimane nei termini del dubbio. In linea di verità è da ritenere che nelle facoltà del creditore della lettera di cambio ci sia anche quella di muoversi senza indugio contro il trattario per farlo stare al dovere. Di che potranno dolersi i suoi garanti? Se lo farà condannare all'accettazione, avrà tolto di mezzo per essi un pericolo. Se il trattario si scioglie dal suo molesto amplesso, escludendo il debito e la provvista, il creditore della lettera avrà in mano la prova provata della inosservanza del patto cambiario sì del traente che del suo girante immediato. In nessun caso però potrà pretendere da loro la rifusione delle spese (1).

774. E traente e giranti sono specificati dalla legge in quest'ordine di obbligazioni Per qual ragione? L'ha detta BÉDARRIDE (nº 187). « L'endosseur devient pour les cessionaires « ultérieures de la traite un véritable tireur. « Ce qui avait fait maintenir l'obligation en « principe, devait en faire consacrer les con « séquences ».

La espressione, vera nella sostanza, ha bisogno di essere spiegata. Il traente ed i giranti sono mallevadori giuridici dell'accettazione per cause non del tutto identiche. Il traente lo è perchè da lui doveva prestarsi quale corrispettivo verso il creditore della lettera di cambio i mezzi opportuni al trattario, debitore assegnato, affinchè non potesse a niun pretesto rifiutarsi di assumer il debito. Era insomma lui che doveva provvedere i fondi. L'obbligazione che lo stringe è talmente indelebile che laddove svanisse quella dei giranti (articolo 203) persiste la sua, eccettochè non dimostri di aver somministrati i fondi. I giranti nondimeno sono tenuti a guarentire il fatto alieno dell'accettazione, non precisamente per la ragione in cui è radicato l'obbligo del traente, nè perchè ne abbiano la sembianza, come disse BÉDARRIDE, ma perchè nella loro qualità di cedenti devono mallevare il pagamento e anche l'accettazione come caparra di futuro soddisfacimento.

Allo esercizio di cotali azioni di garanzia è necessario stabilire coll'atto di protesto (nº 772) il fatto della non accettazione. Su questa base, e senz'altre dimostrazioni, il creditore si vale del diritto che gli comparte l'articolo 205; ma ora giova determinare se oltre il traente, sempre obbligato, egli possa pretender cauzione dai singoli giratari, o solamente dal suo girante diretto! L'articolo 207 conserva la tradizione di una forma letterale, contemporanea al Codice di commercio franc., e prodotta da ragionevole emendamento del tribunato (Sono *rispettivamente* obbligati, ecc.). Ogni possessore adunque agisce verso il proprio cedente; questi percuote colla stessa forza il suo predecessore, e dall'uno all'altro si risale all'origine prima, al traente.

Malgrado però che alla parola *rispettivamente* abbia da attribuirsi un senso e sia da considerarsi tutt'altro che oziosa, l'ordine singolare or ora espresso non è imposto al possessore atteso quel diritto di solidarietà che ripete dall'articolo 203. Egli può dunque scegliere, per dir così, la sua vittima; fra i suoi debitori, più o meno numerosi, può colpire chi più gli talenta (art. 1186 del Codice civile). Il percosso ripara il colpo facendolo cadere sul proprio cedente immediato, ma non appartiene a lui lo stesso diritto di solidarietà sulla turba che lo precede? E non veggo che sia posto in dubbio atteso il vincolo indissolubile che riunisce nella obbligazione tutti i soscrittori della lettera di cambio.

Il quale vincolo di solidarietà (2) produce un altro effetto pure assicurato dal medesimo articolo 1186 del Codice civile. « Il pagamento di un solo libera gli altri verso il creditore ». Finisce che una sola cauzione, prestata da qualunque dei debitori, soddisfa alla giusta domanda del possessore (3); e se non fosse intera, si limiterà a richiederne dagli altri il supplemento (4).

(1) È un giudizio che si direbbe *ad cautelam*, ultroneo, arbitrario.

(2) Della solidarietà parleremo anche dove si tratta *del pagamento*.

(3) Così se il traente chiamato in causa presta cauzione, scioglie d'impegno tutti i giranti.

(4) Non si può quindi ammettere la dottrina esposta da NOUGUIER nella prima parte del nº 371:

Digitized by Google

Colui che presta del proprio la cauzione ha diritto di rivolgersi sul traente o sul cedente rispettivo per averne l'equilibrio con un'altra cauzione. È chiaro che non si esercitano simili azioni se non verso gli autori, non mai verso i successori (1).

775. Il carattere della cauzione è *fideiussorio*. Al debitore mancato nel trattario se ne sostituisce un altro: ecco tutto. Non è però escluso il genere *reale:* una cauzione in valori, in mercanzie, in ipoteca fondiaria, è anche più concludente, e si accoglierebbe volentieri dal creditore. La legge non vuole aggravare la condizione degli obbligati, e limita le pretese esagerate dei creditori.

L'oggetto della fideiussione è duplice. *Pagamento della lettera di cambio alla scadenza; o rimborso*, ecc. E ciò perchè la lettera può essere pagata da un terzo (art. 244). Allora non si tratta più che di *rimborso* al pagatore che subentra di diritto in tutte le azioni del possessore liberato.

Obbligarsi quale fideiussore solidale al pagamento, è obbligarsi anche alle spese e agli interessi che ne fossero la conseguenza. E sarebbe implicito abbenchè il fideiussore non lo avesse dichiarato.

Giusta che il *traente* o il *girante* si presta alla cauzione, il fideiussore si vincola in solidarietà con esso lui. Ciò è pedisequo e della natura di ogni fideiussione comunque solidale. Ma la relazione è stabilita per modo che, malgrado questa restrizione apparente, il pagamento non è meno assicurato. Qualunque volta si arrivi a ferire il fideiussore, egli paga tutto il debito. Come poi il debitore mallevato è congiunto in perfetta solidarietà con tutti gli altri coobbligati nella cambiale, è veramente la solidarietà della solidarietà che assume il fideiussore. Il creditore esercitando questo diritto nella sua libertà d'azione, può battere di preferenza il traente o il girante e il suo mallevadore che sarà l'atlante di tutto il debito, salvi i suoi diritti d'indennità verso il garantito, o anche verso coloro che fossero tenuti a garantire il garantito.

Mi spiego. Abbiamo oltre il traente quattro giranti. L'ultimo di questi presta cauzione mediante fideiussore il quale è costretto a pagare. Il fideiussore, a non dubitarne, è surrogato di diritto nelle azioni di lui, e si tiene solidalmente obbligati alla indennità i giranti anteriori (art. 1916 del Codice di proced. civ.). Egli si assimila la posizione del garantito nè più nè meno. Se si accosta al traente, e se ne rende garante, egli deve sapere che non avrà altro ricorso che contro di lui, il responsabile universale, la pietra dell'edifizio cambiario.

La condizione nella quale va a trovarsi il fideiussore, perfettamente livellata a quella del debitore alla cui obbligazione accede, fa ch'egli sarà partecipe degli stessi vantaggi che talvolta arreca ai coobbligati la negligenza del creditore. Se il creditore manca al debito del protesto e subisce le decadenze minacciate dagli articoli 246 e 251, è manifesto che il fideiussore che non può avere obbligazioni maggiori di quelle che incombono al debitor principale, si libera nella stessa maniera.

775 *bis*. Un cenno della procedura. L'esercizio dell'azione del portatore della lettera di cambio che non ha potuto conseguire dal trattario l'accettazione, è libero; s'egli non si vale del suo diritto, peggio per lui: ha una cautela di meno. Evidentemente la cognizione appartiene al giudice di commercio, in ragione di somma. La dizione dell'art. 207 *o di assicurare*, ecc., *o di farne il rimborso*, non è alternativa a favore del creditore, ma succedanea rispetto a lui e facoltativa rispetto ai debitori. Il creditore, constatato il rifiuto mediante il protesto, cita a tutti i coobbligati (traente e giranti) o quello di loro che gli giova, onde in brevissimo termine gli sia prestata cauzione fideiussoria, altrimenti sia ordinato il pagamento. Il citato o i citati propongono la persona del fideiussore e ne danno comunicazione con atto di usciere all'attore. Può dichiararsi che se entro tre giorni o altro termine l'idoneità della persona non sarà contraddetta, s'intenderà concordato. Non è obbligatoria una tale prefissione di termine, ma per quella buona fede colla quale dee procedersi anche fra contendenti, il citato ne avrà motivo per venire all'atto della presentazione del fideiussore alla cancelleria del giudice o tribunale all'effetto della così detta *sottomissione* dichiarata dall'articolo 329 del Codice di procedura civile, e per adempiere al prescritto dell'art. 207 del Codice di commercio.

DAGEVILLE, oratore del tribunato, ammetteva in massima che il portatore poteva chieder la cauzione ad ognuno degli obbligatarii, ma concludeva che data una cauzione sufficiente, egli doveva tenersi soddisfatto. PARDESSUS (*Droit commercial*, n. 382) ed ALAUZET, sull'articolo 120, convengono nella conclusione che invero è la sola ragionevole.

(1) Traente 1; giranti 2, 3, 4, 5, 6. Se il possessore della lettera di cambio colpisce il 3°, questi non si riversa che sui numeri precedenti, e gli altri rimangono fuori dell'azione.

776. A questo esito inaspettato e innaturale della operazione cambiaria nel duplice aspetto di debitori che pagano per necessità giuridica innanzi tempo, e del creditore costretto a ricevere innanzi tempo, si associano alcune situazioni anomale che verremo trascorrendo.

a) In un passaggio del precedente numero si è notato, che ai debitori *è facoltativo* fare il pagamento anzichè prestare la cauzione. Tale facoltà, intendiamoci bene, non appartiene in principio ai debitori, niun creditore potendo mai esser forzato a ricever il pagamento avanti la scadenza. Se il creditore della cambiale non si valesse delle azioni conferitegli dall'art. 207, cagione non sarebbe data ai debitori di voler anticipare il pagamento. Ma è lo stesso possessore della cambiale rifiutata che rompe il negozio chiedendo cauzione o pagamento. È una facoltà per lui, essendo tutto ciò costituito nel suo solo interesse, in quanto soffre una diminuzione di sicurezza ed è spinto in una posizione della quale ha diritto di non contentarsi; che s'egli la esercita questa facoltà, e l'altra parte vi aderisce in guisa da offrirgli senz'altro il pagamento, restituendogli così quella tranquillità di cui va in traccia, dubbio non è che non possa farlo. La facoltà del creditore in quanto è esercitata, ne partorisce un'altra al debitore, di schivare il temperamento della cauzione che è creato a favor suo, e di finirla col pagamento. A ciò gli basterà non rispondere alla istanza immediata; gli basterà di restarsene muto e di non prestare la cauzione. Se per questa via negativa egli riesce a far pronunciare la propria condanna al pagamento, è logico il dire ch'egli potrà anche prevenire la condanna offrendo il pagamento per liberarsi.

Non parmi di trovare intorno a ciò divergenza negli scrittori. NOUGUIER lo dice espressamente. « Si au lieu d'offrir caution le tireur « et les endosseurs le préféraient, *ils seraient « admis à opérer le remboursement immédiat* « du porteur en capital, frais et dommages » (nº 371). Ma l'autore eccede dicendo che il giudice dovrà investigare se mai gli obbligati non avessero fatto un giro per isventare l'accettazione; poichè data anche questa specie di frode (i francesi vedono sempre la frode), in verità il creditore della cambiale non può pretendere di più che di essere senza indugio pagato. BÉDARRIDE con un profluvio di parole oppone ancora questo buono argomento: che la frode non può immaginarsi, non avendo il traente o i giranti che pagano diritto alcuno ad uno sconto d'interessi (1).

b) Gli obbligati alla cauzione hanno di rincontro la facoltà di pagare: ciò abbiamo stabilito. Ma se alcuno di essi ne ha la voglia, altri potrebbe non averla. Che si fa allora? Il girante pagatore non ha azione per costringere i suoi antecessori a rimborsarlo a loro volta; dovrà starsi contento ad aspettare la scadenza, ricevendo frattanto una cauzione. La negoziazione cambiaria compirà il suo giro; il pagatore ne rimarrà il creditore surrogato in tutti i diritti di quello che ha dimesso (2).

c) Il dator d'avallo è pure tenuto insieme ai debitori diretti della cambiale a prestar cauzione?

L'avallo non è di ostacolo all'esercizio delle azioni del portatore della lettera di cambio: ciò non ammette dubbio (3). L'avallante si confonde cogli altri debitori non distinto dalla causa particolare in cui si radica la sua obbligazione: è un debitore aggiunto, un debitore di più. Ed è per questa sua condizione, parificata a quella di tutti gli altri, ch'egli è pure tra gli obbligati alla cauzione, salvo non preferisca di fare il pagamento (4).

Articolo 208.

Quegli che accetta una lettera di cambio, contrae l'obbligo di pagarla.

L'accettante non è liberato, ancorchè a sua insaputa il traente fosse fallito prima dell'accettazione.

***777.** Se l'accettante possa opporre la irregolarità della girata della lettera di cambio fatta*

(1) Ecco un piccolo ricordo storico relativo a questo punto. La Commissione sul progetto del Codice di commercio (francese) proponeva un articolo in cui era detto che, effettuandosi il rimborso anticipato della lettera di cambio, chi l'effettuasse avrebbe diritto ad uno sconto d'interessi. La sezione alla quale il Consiglio di Stato rinviò l'esame del progetto, soppresse questo articolo per la ragione che NOUGUIER intravide troppo tardi (Processo verbale del 27 gennaio 1807, LOCRÉ sull'art. 126; BÉDARRIDE, num. 192).

(2) VINCENS, liv. VIII, chap. V, num. 2; DALLOZ, vº *Effets de commerce*, sect. III, num. 6; PERSIL, sull'articolo 120, num. 4.

(3) NOUGUIER, num. 367; ALAUZET, *Comment.*, num. 833 (Tolosa, 12 dicembre 1827).

(4) PARDESSUS, num. 382; PERSIL, p. 141; ALAUZET, num. 833.

Digitized by Google

al presentatore per esimersi dal pagamento; o se piuttosto possa opporla all'oggetto di compensare il debito nei suoi crediti personali verso l'autore della girata da considerarsi come procura.

777 bis. *Della estinzione della tratta per via di confusione.*

778. *Dopo l'accettazione il traente non può più disporre della provvista, salvo circostanze eccezionali.*

779. *In quale condizione giuridica viene a trovarsi il trattario che ha pagato la lettera di cambio appresso il fallimento del traente.*

780. *Se l'accettante che paga una cambiale falsa a un presentatore di buona fede possa esercitare azione d'indebito. Si risponde negativamente.*

Se sia liberato verso il traente, e altri creditori legittimi. Distinzione fra la creazione di un nuovo titolo falso, sussistendo il vero; e tra alterazioni e falsificazioni parziali nel titolo vero.

---

777. La disposizione ha un carattere assoluto. È un principio che si vede di volta in volta ricomparire nel Codice colla stessa precisione.

Nondimeno essa non basta per sè a tor via la questione se al trattario ed accettante non possano competere le eccezioni di nullità che sarebbero opponibili da un terzo qualunque che ne avesse interesse.

Essendosi svolto il dubbio intorno a quelle eccezioni che possono derivare dalle girate irregolari (articoli 223, 224), dietro le quali il giratario non si considera che mandatario del girante, ci staremo in questo limite. I terzi che hanno interesse di oppugnare il trasporto della proprietà, i *creditori del girante* hanno preciso il loro fondamento giuridico nell'articolo 224. Chi attribuisce la stessa eccezione all'accettante, osserva che il dettato della legge è semplice e non distingue; del resto l'accettante ha interesse non minore di pagare sopra girata regolare: difatti se il precedente girante è suo debitore, egli potrà opporre la compensazione (1).

In contrario. L'accettante non avere siffatto diritto, accordato nel solo interesse del traente (o del girante) Bisogna ben ritenere ch'egli ha ricevuto il valore; almeno si suppone. Trasporto di proprietà o semplice mandato, il possessore della lettera di cambio ha veste, qualità legittima, per riscuotere il pagamento dall'accettante, e non può temere obbiezioni di forma per parte del debitore (2).

La risposta che vengo dall'accennare è alquanto vaga. Non credo che la giurisprudenza sia molto consolidata su questo punto. Dalle varie decisioni della Corte di Parigi qualche altra disconviene (3), e nelle stesse dottrine dei propugnatori di questo sistema sembra giacere il germe della discordia.

NOUGUIER dice, l'accettante non può rifiutarsi al pagamento col pretesto della irregolarità della girata (nº 348). Se non che prosegue al nº 349, se la girata è in bianco (*il portatore reputandosi semplice mandatario*), l'accettante può opporgli che l'effetto è senza causa, che la provvista non è stata fornita, che il traente e i giratari hanno fatto un'operazione fittizia.

BÉDARRIDE del quale abbiamo riportato il concetto, discende a limitarlo con un'ipotesi. In un caso, egli ragiona, l'accettante sarebbe ammesso a discutere dei diritti del portatore, se cioè per una simulazione concertata il portatore non fosse che lo stesso traente mascherato che, abusando di una girata in bianco, tentasse di coprirlo dalle eccezioni che competessero all'accettante contro di lui; sarebbe cosa mostruosa (testuale) che si facesse questo comodo alla frode, e l'esercizio della difesa legittima dell'accettante fosse per essa impedito.

Mi pare vederci un po' di confusione e bisogno di qualche schiarimento.

Chi accetta una lettera di cambio contrae l'obbligo di pagarla: postulato al quale rispondono alcuni articoli del Codice, e infine tutto il sistema. La *causa della obbligazione* non si ricerca; è fuori affatto di contestazione rimpetto ai terzi. Debitore o no del traente, nulla suffraga; il perchè io non comprendo del tutto

---

(1) PERSIL sull'articolo 121, num. 4. Corte di Brusselle, 30 giugno 1810 (SIREY, tom. XII, part. II, pag. 137), e del 20 gennaio 1802 (SIREY, t. VII, p. II, pag. 175).

(2) BÉDARRIDE, num. 196, Corte di Parigi, 22 dicembre 1823, 15 marzo 1826.

(3) Brusselle, 30 giugno 1810 (SIREY, 12 giugno 1810).

Digitized by Google

quell'oggetto della frode che, secondo gli indicati autori, potrebbe insinuarsi in una girata in bianco, riempita regolarmente; o in una girata irregolare. L'oggetto cioè di contrastare il ricevimento della provvista, o di privare il trattario delle eccezioni che sotto questo rapporto gli competerebbero verso il traente. Dico di non comprenderlo del tutto, benchè in parte sia vero.

È vero *in parte* quando cioè il portatore abbia causa immediata dal traente col quale ha imbrogliato le carte per farsi credere una persona diversa da lui, un terzo; e così sorprendere l'accettante che *vis à vis* del traente poteva rimbeccargli la non fatta provvista. Non dimentichiamo però che noi siamo in pieno esercizio del diritto cambiario, e che non è possibile nè permesso andar pescando l'artifizio e la frode sotto il velo ben fitto di *una girata regolare*. Il giratario che procede *ex latere* del traente, non può esser che quello a cui è stata girata dallo stesso traente la cambiale tratta all'ordine proprio (articolo 197, alinea 7). Se il traente ha in animo di coprirsi sotto un nome terzo, non ha che fare una cosa; stendere *una girata regolare*. Resta solo il conoscere se quella girata irregolare che si crede non porgere eccezione valida all'accettante nel caso di giratari che non hanno per autore immediato lo stesso traente, fornisca una eccezione legittima nel caso proposto.

Sarebbe una distinzione alquanto faticosa, la quale è logicamente sopravanzata da un'altra ricerca, dalla ricerca principale; se cioè l'accettante *non possa opporre l'irregolarità della girata a qualunque sia il portatore della lettera di cambio* che si appressa alla riscossione.

Io adotterei la opinione di Persil, con qualche limitazione o riguardo che voglia dirsi. L'articolo 224 ponendo il principio che mancando alcuno dei requisiti dell'articolo 223, la girata è irregolare, e non indicando a chi appartenga l'eccezione, ne lascia le conseguenze in dominio del diritto. Chiunque pertanto abbia interesse ad invocare quel principio di diritto commerciale, potrà farlo non incontrando resistenza in veruna legge (1).

Il trattario deve provarlo questo interesse in quanto la persistenza della proprietà nel mandante (non considerandosi la girata che quale una procura) lo facoltizza ad opporre eccezioni personali verso di lui in confronto del mandatario (2). Teneto ferma l'idea affinchè non si creda che l'accettante vedendo il presentatore della lettera di cambio non essere il proprietario ma un mandatario semplicemente, possa esonerarsi dal pagamento. No, questo non basta; non deve importare all'accettante che il presentatore della lettera di cambio ne sia altresì il proprietario, o soltanto il mandatario autorizzato dal precedente proprietario mediante girata, purchè egli medesimo non ne risenta danno. È indubitato che l'accettante, facendo il pagamento a tale non meno legittimo presentatore, libera se stesso e tutti i coobbligati, come li libererebbe mediante il pagamento fittizio o civile, cioè per via d'imputazione o di compensazione, se fosse personale certo e liquido creditore del presentatore medesimo.

Ond'è inopportuno al punto presente di controversia il ricercare se la girata irregolare ricopra una frode del traente per esimersi dalle eccezioni dell'accettante per la non fatta provvista. È quello un caso speciale; ma bisogna osservare la questione nell'aspetto più generale. Senza il concorso di mezzi fraudolenti, propriamente detti, e *simpliciter* secondo l'ordine cambiario, io mantengo che il trattario quantunque abbia accettata la lettera di cambio, può valersi delle sue eccezioni personali verso il cedente, quando il cessionario non sia che il mandatario di lui. Qui non parliamo di provvista; la provvista noi la riteniamo provata *riguardo al possessore ed ai giranti* (articolo 203).

Insomma l'accettante non può esimersi dal pagamento, ma può sostenere effettuato un dato modo di pagamento legale, al che non fa ostacolo il disposto dell'art. 208 — *quegli che accetta una lettera di cambio, contrae l'obbligo di pagarla.*

777 bis. La *confusione* pur anco estingue il debito, non a dir proprio perchè il debito sia pagato, ma perchè il credito trasportato nel debitore ha cessato di essere un debito per lui.

(1) È stabilita nella forte giurisprudenza che il *giratario-procuratore* di una lettera di cambio è anche qualche cosa più di un *adjectus solutionis*, sebbene non si acquisti per lui l'azione *de constituta pecunia* (Leg. 7, § 1, Dig. de constit. pec.). Egli per altro è munito di azione per impetere direttamente il pagamento e costringere l'accettante in giudizio (Ansaldo, disc. 1, n. 11; Casaregi, disc. 33).

(2) *A*, uno dei giratari, è debitore di 1000 lire verso *B*. accettante. Fa una girata della cambiale a *C*. senza esprimere il valore somministrato. Si risolve in una procura. Perchè *B*. che deve ad *A*. altre lire 1000 in forza della sua accettazione, non potrà opporre la compensazione del debito col credito proprio ugualmente certo e liquido?

Vi è confusione se l'accettante diventa erede del creditore; se ha comprata egli stesso la lettera di cambio (1). Tutto è finito. Quell'effetto non ha più valore in mano sua; egli non può più valersene, non può negoziarlo; tutti coloro che vi concorsero passivamente sono liberati. Così fu deciso che ogni ulteriore negoziazione ch'egli ne facesse non potrebbe far rivivere obbligazioni estinte (2).

Nella specie l'accettante aveva ceduto la lettera di cambio da lui acquistata prima della scadenza. Si trovò, com'era, affatto indifferente questa circostanza; indifferente pure se l'accettante, poi cessionario del titolo, avesse o no ricevuta la provvista. Egli aveva accettato. Rispetto al cessionario di lui disse sapientemente la Corte suprema, che le sue repliche erano vane « puisque au moment de la « négociation à lui faite il n'a recu contre ses « derniers que des titres éteints et sans va- « leur à leur endroit ».

778. *Chi accetta la lettera di cambio contrae l'obbligo di pagarla.* Ma l'accettazione si considera forse come pagamento effettivo, in altri termini equivale al pagamento di maniera che l'accettante sia divenuto di tratto proprietario irrevocabile degli effetti della provvisione, e se debitore, il suo debito sia rimasto estinto coll'accettazione medesima?

L'affermativa avrebbe per conseguenza che il traente non può più ritirare i materiali della provvista, non valersi degli effetti commerciali spediti a questo fine speciale, non disporre dei suoi crediti in conto corrente (3).

E così è e dev'essere almeno in tesi generale (4). Accettare è pagare come si disse altrove, e sono persuaso non doversi fare alcuna distinzione se la scadenza sia prossima o lontana.

Nell'ordine scientifico può ancora richiamarsi qualche principio altrove memorato. L'ordine del pagameento che fa il traente al trattario è un mandato, e in questo ristretto limite sarebbe sempre di sua natura revocabile. È un mandato che chiameremo non semplice ma qualificato, allorchè il portatore di esso mandato è altresì il proprietario della lettera di cambio. L'interesse essendo totalmente passato in lui, è quel mandato che dicesi *in rem propriam*, assolutamente irrevocabile (5). Il che non convien confondere col diritto della provvista e colla facoltà che compete al traente di ritirarla sino all'intervento del terzo contraente, il trattario, che mediante la sua accettazione imprime al contratto di cambio la *sua seconda perfezione*, come dice profondamente il CASAREGI (6).

Contuttociò abbiamo autorevoli esempi nei quali il principio ha subìto in pratica delle modificazioni.

In una sentenza della Corte suprema di Francia (7) s'impara una teoria che ha l'aspetto di contraria. Ivi si dice (traduco alla lettera): l'accettazione d'una cambiale alla scoperta non costituisce l'accettante creditore del traente finchè non abbia pagato, quantunque ritenga nel suo debito in conto corrente il valore corrispondente. Sino al pagamento effettivo egli non ha che un credito eventuale; ne segue che se il traente è creditore verso di lui (accettante) di somme liquide ed esigibili, egli può domandare il pagamento dell'attuale suo credito (specialmente se offra cauzione), senza che possa l'accettante contrapporre il credito proprio risultante dall'accettazione.

Codesta decisione non può esser normale; tutti devono convenirne. L'accettazione è limite necessario della disponibilità del traente; l'accettante è irremissibilmente tenuto verso i terzi, e ha il diritto ben evidente di non lasciarsi toglier di mano le garanzie in vista delle quali si è caricato del pagamento. Può immaginarsi qualche caso particolare nel quale la regola faccia difetto? Il pericolo, si dirà: il pericolo di perdere col debitore anche il valore delle provvisioni, se l'accettante è visibilmente sul pendio della rovina? Non nego che in questo caso, ben dimostrato, il traente possa aver interesse di sostituire una cauzione (8) a quei capitali che l'accettante ritiene come pe-

(1) Niun dubbio che avendo accettato alla scoperta, abbia azione di rimborso verso il traente.

(2) Corte di Rouen, 7 dicembre 1846 (*Journal du Palais*, 1847, t. I, pag. 285). I suoi principii furono confermati dalla Corte suprema (19 aprile 1848, *Journal du Palais*, t. I, pag. 536).

(3) La massima che il traente può ritirare la provvista, s'intende quindi sino all'accettazione; *causa non extante* della quale passiamo a discorrere.

(4) TRIBSCHLIN, nota 3 all'articolo 116; NOUGUIER, num. 343.

(5) Altro sarebbe se il giratario non fosse *che un procuratore del traente*, bench'esso pure non sia un mandatario semplice, come si è spiegato in nota nel num. 777.

(6) *Seconda perfezione, quoad executionem*, essendo il contratto intrinsecamente perfetto col consenso e colla creazione della cambiale, anche non accettata (CASAREGI, *De comm.*, disc. 59).

(7) 20 dicembre 1837 (SIREY, v. XXXVIII, part. I, pag. 16.

(8) Non *specialmente*, come diceva quella decisione; ma *necessariamente* deve offrire una cauzione efficace.

igitized by Google

gno dell'obbligo assunto. L'accettante è nello stato che abbiam detto. Un cospicuo capitale di effetti preziosi ritiene per conto del traente ed anche sovrabbonda alla somma che deve pagare. Domani lo venderà, se ne fuggirà col prezzo, lasciando la cambiale insoluta. Bisogna metterlo in salvo; di riscontro il traente offre una malleveria in danaro, o con una fideiussione inappuntabile. Gli si deve concedere. Si vede però che il caso è del tutto eccezionale.

779. Il dubbio che soleva prodursi se, atteso il fallimento del traente, rimanga sciolto d'impegno il trattario che, ignorandolo, emise l'accettazione, venne già risoluto coll'articolo 121 del Codice di commercio francese, tradotto alla lettera nel nostro articolo 208.

Resta qualche cosa a dire sulle conseguenze. Se l'accettante *non aveva ricevuta la provvista*, egli deve pagare nondimeno: si forma un'azione di credito da esercitare in concorso degli altri creditori semplici del fallito, dividendone la sorte. *Quid* se ha ricevuta la provvista? Divergono su questo punto i sistemi legislativi. I francesi, pei quali il materiale della provvista diventa proprietà dell'accettante e il credito un titolo privilegiato, hanno mestieri di suddistinguere per ravvisare nel fatto l'applicabilità di quel principio. Se l'accettante fu in buona fede, ignorava cioè il fallimento del traente, quantunque non potesse averne argomento per ricusarsi di pagare la tratta, ne aveva uno eccellente e incontrastabile per giovarsi delle prerogative della sua posizione. Se conosceva il fallimento, allora difficoltà gravi sorgono contro di lui, ma essendochè le medesime prerogative e privilegi erano eziandio accordati al possessore della lettera di cambio (1), egli restava nel pieno esercizio dei suoi diritti, indipendentemente dai pregiudizi che a se medesimo l'accettante avesse recati.

Nel nostro sistema che non ammette a favore del possessore della lettera di cambio *diritto sulla provvista*, non abbiamo che a vedere quale posizione sia fatta all'accettante; ed è semplice a spiegarsi. Se accettò senza provvista è un creditore come qualunque altro, e viene a ricevere nella massa il suo contributo. Se la provvista era costituita in crediti del traente corrispondenti all'importare della tratta, il debito dell'accettante si estinse per compensazione. Se a titolo di provvista ha ricevuti effetti e mercanzie, egli ne divenne proprietario dall'atto stesso della accettazione. Ignorasse o no il fallimento, la sua condizione giuridica non è cangiata.

Ma per esercitare azione creditoria sarà d'uopo aver pagato, o basta lo aver accettato? L'accettare è pagare nel senso di non potersi esimere dal pagamento. Aprendosi il concorso dei creditori del traente fallito, il semplice accettante può insinuare il suo credito; la somma che vi corrisponde potrà essere vincolata, secondo le circostanze, all'effettivo pagamento.

—

780. « Les mêmes raisons, disse in un luogo « PARDESSUS, qui ne permettent pas à l'ac« cepteur d'une lettre fausse d'en refuser le « payement, s'opposant à ce qu'il soit admis « à répéter la somme qu'il avait payée dans « la persuasion que la lettre était véritable » (*Droit commercial*, nº 450) (2). Nè contro il traente, nè contro il terzo soddisfatto avrebbe azione, prosegue PARDESSUS; imperocchè il primo non l'aveva quale mandatario incaricato di pagare, e non gli deve perciò alcun rimborso; non il terzo portatore di buona fede, che non avrebbe ricevuto cosa che non gli fosse dovuta.

Ma la ipotesi che noi abbiamo presentata al nº 722 è meno semplice. Ivi si parlava di lettera di cambio fittizia e totalmente falsa, o alterata in parte sostanziale; e in buona fede e senza grave imprudenza accettata. Se non che la falsità può scoprirsi dopo il pagamento; è allora che la questione dell'azione d'indebito può avere una certa importanza.

L'articolo 1237 del Codice civile pone in principio. « Ogni pagamento presuppone un « debito; *ciò che è pagato senz'esser dovuto è* « *ripetibile* ». L'articolo 1242 limitando: « Il « pagamento fatto in buona fede a chi si trova « nel possesso del credito è valido, ancorchè « il possessore ne abbia in appresso sofferta « la evizione ».

Se noi diciamo che il pagamento d'una cambiale falsa libera il trattario, non vi è più disputa possibile; il trattario è senza interesse per chiedere la restituzione. Ma è veramente così? Come può esser liberato verso il vero traente che gli ha somministrato i fondi per pagare un'altra cambiale, quella che portava la sua firma, e alla quale fu sostituita una carta colla sua firma imitata e falsa? Dice il nostro PARDESSUS, contro il terzo non

(1) Vedi il commento all'art. 204.

(2) Al num. 722, discorrendo come l'accettante in buona fede di una cambiale falsa, scoperta di poi la falsità, potesse per diritto negarsi al pagamento, fu riservata la questione presente che concerne la restituzione dell'indebito.

si va perchè il terzo *ha ricevuto quello che gli si doveva*. Noi lo supponiamo in tutta buona fede questo terzo (1), ma è forse vero che *gli era dovuto* il prezzo di una cambiale falsa? Quali diritti potova cedergli il suo girante che possiamo nella ipotesi ritenere l'autore stesso del falso? La cambiale vera essendo in giro, potrà all'indomani presentarsi al pagamento. Se l'accettante risponderà, ho pagato, si salva egli forse con questa parola? O non piuttosto dovrà pagare una seconda volta? (2).

Una certa contraddizione sembra insinuarsi nella dottrina. Si contrasta molto all'accettante la facoltà di sfuggire al pagamento di una lettera di cambio scoperta falsa (detto n° 722), poi con tutta facilità interpretando il testo al quale corrisponde il nostro art. 230, gli si concede la liberazione quando ha pagata una cambiale falsa (3). Io non intendo come gli si possa concedere la liberazione come un diritto assoluto e in ogni caso (4). Dicesi che la questione fu già troncata dall'articolo 145 Codice di commercio francese, al quale è conforme il nostro 230. Ma ivi non si parla di lettere di cambio falsificate. Del resto quale responsabilità hanno il traente e gli altri girari che reclamano un diritto fondato nella verità del documento legalmente certo? Per me è cosa evidente che il vero traente non avrà perciò perduto il credito in conto corrente destinato a soddisfare la vera lettera di cambio: e il danno ricadrà interamente sul trattario, salve le sue azioni contro gli autori e complici del falso (5).

Evidentemente l'accettante non è liberato verso i veri creditori pagando un titolo falso. Non ne viene però che gli competa azione di indebito contro chi in buona fede acquistò la cambiale falsa e se la fece pagare. La regola civile (articolo 1237) in questo caso non riceve applicazione. Predomina l'interesse del commercio, che è la palestra degli uomini accorti; ora vedete che avviene. Colui che ha pagato dice, io pagai perchè ritenni vera in ogni parte la lettera di cambio che mi è stata presentata. Colui che ha riscosso risponde: io pure fui ingannato come voi, e in buona coscienza venni a riscuotere. Amendue hanno operato nella stessa fede, ma il fatto consumato sta a favore del primo; il secondo che doveva essere più oculato perchè si trattava di pagare, raffermò, pagando, la buona fede del primo. Un commerciante di Calcutta riceve d'Europa una tratta pagabile da un banchiere indiano; ma alcuna delle girate, che precedono la sua, è falsa. Il trattario paga. L'azione d'indebito in questa che non è se non una delle combinazioni ordinarie del commercio, non può concepirsi. Ma una certa equità parla a favore del trattario, e sembra in questo caso reclamarne la liberazione.

Ciò sembra non accordarsi colle idee superiormente esposte, ma una distinzione assai rilevante finirà col conciliarle.

Distinguo il *titolo falso* mentre esiste un titolo vero, dal titolo vero ma in qualche parte falsificato, per esempio, nella somma o in qualche girata. Nella prima ipotesi sostengo che il trattario, pagando il titolo falso, non è liberato. Pongo il caso. Esiste una lettera di cambio colla firma di *A.* traente all'ordine di *B.*, che ha girato l'effetto a *C.*, e questo a *D.* Un impiegato del banco senza distruggere il titolo, e lasciandolo ove lo trova, ne crea un altro colla imitazione di tutte le firme; poi finge la girata in favore di *E.* suo complice, che cede ad *F.* acquirente di buona fede. Offerto alla scadenza il titolo falso, il trattario paga. Un'ora dopo il possessore del titolo vero, *D.*, si presenta per il pagamento; il trattario non può contrapporgli il pagamento fatto sul titolo falso.

Il caso inverso del titolo vero *con falsificazioni* incidenti può figurarsi così. L'impiegato di banca, attuale giratario, s'impadronisce della cambiale; finge la girata del suo principale, il sig. *D.*, a favore di *E.* suo complice, che cede la tratta ad *F.* di buona fede, il quale la realizza nel giorno della scadenza. Il trattario che ha la fortuna di vivere nel Giappone vede presentarsi quella tratta, che possiamo ben supporre coperta da altre girate successive

(1) Accettiamo la conclusione, non il motivo, come dicesi progredendo.

(2) L'articolo 230 non pone per assoluto la liberazione del trattario: ma dice, *si presume la sua liberazione*.

(3) Le materie si collegano per lo ricorso di articoli che riproducono i medesimi concetti. L'articolo 208 presuppone senza il menomo dubbio la cambiale vera, come la presuppone l'articolo 230, come vedremo più tardi.

(4) Vedi in fine di questo paragrafo con quali temperamenti sia d'uopo procedere.

(5) Ognuno vede quanto sia diversa la posizione da noi figurata al n. 722; ove l'accettante faceva nello stesso tempo l'interesse dei veri creditori.

Non potrebbe dedursi obbiezione dall'art. 1242 del Codice civile, che accennando *al possesso del credito* non può intendere che del *titolo vero* del credito.

Google

in buona fede, non si perita di fare il pagamento. Conosce la firma del traente e la vede limpida e chiara; del pari vi scorge altre firme di corrispondenti europei di sua conoscenza. È impossibile il dire che in tale posizione di cose egli non sia liberato.

Non è la buona fede del trattario che decide, quantunque in questa seconda ipotesi egli abbia dei dati convincenti di quella verità che suppone. Ma è la natura propria delle cose: e ancora l'imprudenza addebitabile a colui che in possesso del suo titolo non lo custodisce abbastanza, o si tiene attorno soggetti capaci di falsificare una tratta. Non essendovi che *quel solo titolo negoziabile* (anco in più esemplari), è pur sempre quello che si presenta al trattario; paga, lo ritira, altro titolo non resta sul quale il creditore vero possa appoggiarsi. Ciò in commercio è un fatto saliente, decisivo. Nella ipotesi inversa il titolo vero non è mai uscito dalle mani del suo possessore legittimo; stimo di non dovere estendermi di più per farne sentire la differenza.

Articolo 209.

L'accettazione di una lettera di cambio è scritta sulla stessa lettera, e deve essere sottoscritta dall'accettante.

L'accettazione è sufficientemente espressa colla parola *accettata*.

Se la lettera è a uno o più giorni o mesi di vista, l'accettazione sarà datata; altrimenti, la lettera sarà esigibile al termine in essa espresso, da decorrere dalla sua data.

781. *Forma dell'accettazione. — Significato della parola vista. — Qual valore sia da attribuirsi alla soscrizione non preceduta da alcun vocabolo significante accettazione.*

782. *Se a fronte di tali equivoche espressioni del trattario, il presentatore abbia facoltà di fare il protesto per rifiuto di accettazione.*

783. *L'accettazione dev'essere scritta sulla lettera di cambio. Dissensi generati dalla incertezza di altre legislazioni. Motivi di questo disposto.*

784. *Requisito della data dell'accettazione. Difficoltà che possono sorgere anche a danno dello stesso possessore della lettera di cambio dalla omissione della data.*

---

781. L'art 122 del Codice di commercio francese è in questo tenore: « *l'acceptation est exprimé pas le mot* accepté ». — Noi, sull'esempio di altri Codici italiani, abbiam detto meglio: « L'accettazione è *sufficientemente* espressa colla parola *accettata* ». Inutile occuparsi di equivalenti; *pagherò*, *farò onore*, ecc.: essi sono perfettamente intesi dai commercianti, e variano secondo lo stile dei paesi.

Non è però inutile dichiarare se la parola *vista*, che pure suole apporsi, tenga luogo dell'*accettata*.

Quel modo di esprimersi, che parve interpretabile anche nei tempi anteriori alla codificazione commerciale (1), venne piuttosto a perdere che a guadagnare di precisione sotto l'impero del Codice. Pardessus crede che presentandosi una lettera di cambio *a tanti giorni vista*, la dizione si spieghi naturalmente ad attestare che in quel giorno fu presentata, non potendosene inferire pertanto, almeno di logica necessità, l'obbligo assunto del pagamento. Conveniva al presentatore, che vi aveva tutto l'interesse di procurarsi una dichiarazione più intelligibile, più sicura. Vero è tuttavia che le circostanze potranno meglio spiegare la intenzione del segnatario (2).

Che se la parola *vista*, accompagnata dalla

---

(1) Pothier (*Contrat de change*, num. 45) diceva, quanto a sè, di trovarsi in dubbio se la parola *vista*, susseguita dalla soscrizione del trattario, fosse equivalente all'accettata; ma le istruzioni attinte da uomini pratici erano che quello fosse il costume di coloro che accettano lettere di cambio pagabili *da tanti giorni vista* — quindi se intendevasi di non accettare, sarebbe stato mestieri aggiungere *senz'accettare*. Merlin, sotto l'impero del Codice, si adattava a quest'uso (*Repert.*, v° *Acceptation*).

(2) A questa opinione si associava Persil, *Comm.* all'articolo 122, num. 5, e Schiebe, *Traité théorique et pratique de la lettre de change*, chap. XII, § 73, num. 8. Ed è pure il giudizio di Chuppin, *Traité de*

Digitized by Google

soscrizione (1), rimanesse senza senso, essendo la scadenza a giorno determinato, non potrebbe intendersi che in un sol modo e valere accettazione (2).

Ma qual valore avrebbe la semplice firma del commerciante al quale la lettera fu presentata, omessa la dichiarazione *accettata* o altra consimile? Qui le opinioni si dividono. Bédarride (n° 210), senza esitanza, sostiene che la soscrizione basta ed equivale ad ogni altra formola esprimente accettazione. Che vorrebbe dire altrimenti? La legge non obbliga a scrivere di proprio pugno la parola *accettata* (3). Eppure nel sistema contrario la importanza consiste in quella parola che può essere scritta da altri che dall'accettante medesimo; quindi non è essenziale non potendosi assicurare (tale almeno mi sembra la idea dell'autore) ch'essa esistesse avanti la soscrizione.

Nouguier (n° 329), se mal non intendo, la reputa una soscrizione in bianco, e dice non formare che *un principio di prova scritta* contro il segnatario (4).

La dottrina di Bédarride potrebbe sembrare assai ragionevole se la legge non richiedesse due cose — *l'accettazione*, con parole sufficienti ad esprimerla, e *la soscrizione*. — La forma sarebbe imperfetta; e poichè la stessa legge ha voluto indicare un esempio di sufficiente espressione (mostrando con ciò di non prescriverne tassativamente alcuna) non si vede perchè non avrebbe piuttosto detto, esser anco sufficiente come indicante accettazione, la sola firma del trattario (5).

Convengo però non doversi negare ogni valore di prova a questo atto, sicchè renderebbe facile la delazione del giuramento suppletorio, e più agevole la dimostrazione per mezzo dei libri, della corrispondenza, ecc.

782. Per tali modi di accettazioni equivoche ed imperfette, si rende forse necessario il protesto per difetto di accettazione? (art. 206).

Il trattario, lungi dal respingere da sè la tratta la onorò di una parola corrispondente all'accettazione e della propria firma, o della firma soltanto. Alla occasione che si verrà disputando avanti i tribunali se la formola sia obbligatoria, si potrà bene decidere che non la è, e allora sarà dimostrato che l'accettazione all'effetto del pagamento (almeno perfetta) non c'è mai stata. Risalendo al giorno della soscrizione, si dirà che mancò sin d'allora l'accettazione, sicchè il portatore era in diritto di fare il protesto (6). Io però non ammetto la conclusione. L'articolo 206 dice non senza ponderato proposito: *rifiuto d'accettazione*. L'accettazione equivoca non è un *rifiuto*. Se in conseguenza del protesto il portatore volgesse le armi contro i giranti ed il traente reclamando cauzione o pagamento, sarebbe mandato indietro con questo dilemma. O nel vostro modo d'intendere, il trattario aveva dato sufficiente riscontro dell'animo suo di accettare la cambiale, e voi essendo stato moralmente soddisfatto, non potete richiedere da noi ulteriori guarentigie; o non ne foste persuaso, siete in colpa di non avere insistito per una chiara manifestazione e per toglier di mezzo ogni equivoco.

783. Una questione vecchia, ma non ancora invecchiata in Francia, aveva cessato in Piemonte coll'articolo 135 del Codice di commercio albertino (7). Oggidì per l'articolo 209 è divenuto il diritto comune di tutto il regno italiano « L'accettazione... *è scritta sulla stessa*

---

change, pag. 49; di Mareschal, chap. I; di Nouguier, num. 330; di Bédarride, n. 214, e di altri, e si può dire opinione comune.

(1) Ora più che mai resa necessaria, secondo il nostro articolo 209.

(2) Bédarride, num. 214.

(3) Ciò è vero anche per l'art. 209.

(4) Alauzet, *Commentaire*, num. 858, esprime lo stesso parere, senz'aggiungere che possa aversene almeno un principio di prova scritta. Decisione si cita in questo senso, una sentenza della Cassazione francese, 20 marzo 1832 (Sirey, vol. XXXIII, p. I, pag. 57).

(5) È vero che la legge non impone al trattario di scrivere di propria mano la parola *accettata* (che nei banchi affollati suole scriversi dagli agenti e commessi), ma si presume sempre ch'essa abbia preesistito alla firma; il contrario sarebbe un'alterazione, una falsità, ed è perciò che non si presume se non anteriore. La manifattura dello scritto mostrerà se non sia sovrapposta.

(6) Il protesto per rifiuto d'accettazione, generalmente parlando, *è una facoltà*: lo abbiamo stabilito discorrendo dell'articolo 206, agli effetti specialmente dell'articolo 207.

(7) In due modi l'antica giurisprudenza commerciale insegnava potersi formare l'accettazione, per iscritto e verbale (Scaccia, *De commerc.*, § 2, gl. 5, num. 334). La verbale si comprovava per mezzo di testimoni (De Franchis, decis. 303). Pothier non dubitava potersi deferire giuramento al trattario. Bastava al postutto la semplice dichiarazione di volontà del trattario (Franck, *Istitut. juris cambii*, lib. I, sez. III, tit. III, § 4). Così in Francia prima della emanazione del regolamento di cambio della piazza di Lione, confermato dalla Ordinanza di Luigi XIV del 1667 (Savary, *Dictionnaire univers.*, v° *Acceptation*).

Google

lettera di cambio ». A noi dunque non resta motivo di esame o discussione: e solamente l'interesse storico, che non è mai perduto per gli studiosi del diritto, ci richiama alla memoria in che mai consistesse quella controversia.

Lo diremo in breve. In molti (parlando sempre dei giureconsulti di Francia) era prevalsa l'opinione che l'accettazione potesse farsi per lettere missive. Dond'era nata? Dall'art. 2°, tit. v della Ordinanza del 1673, che voleva *per iscritto* l'accettazione (anteriormente si usava anche verbale) (1), e niente altro. Dal conforme tenore dell'articolo 122 del Codice di commercio. È bensì dichiarato in quell'articolo che la lettera di cambio *esprime l'accettazione colla parola — accettata* — ma, dicevasi, esso accenna ai casi ordinari, non proibisce però di far risultare l'accettazione per atto separato. Non fu questa la intenzione del legislatore, e può vedersi nel processo verbale della seduta del 27 gennaio 1807 avanti il Consiglio di Stato. La parte di diverso sentire opponendo l'esempio delle girate che denno essere scritte sulla stessa carta, rispondevasi: che l'accettazione è un *quid* estraneo alla cambiale, una bensì delle sue guarentigie, non però di essenza, e non appartiene agli elementi costitutivi della stessa cambiale. SCHERER, nel suo *Manuale sulle lettere di cambio*, praticamente osservava: un commerciante invia per la posta la lettera di cambio alla persona designata al pagamento: e questi accetta in uno dei modi seguenti, o scrivendo l'accettazione sulla stessa lettera, o rispondendo per lettera al suo corrispondente di accettarla. Ciò è indifferente: l'uno val l'altro.

Era un costume generalizzato in commercio, non potendo quasi numerarsi gli autori che sono in questa opinione (Vedi nota più sotto). NOUGUIER, fra i più autorevoli, non sa scorgere difficoltà: *leur légalité* (di codeste forme di accettazione) *me paraît incontestable*. Vi trova la volontà, ben chiaramente espressa delle parti, l'obbligo incontestabilmente assunto dal trattario, nessun divieto nella legge.

A me bastando di aver dato un cenno della controversia che rumoreggia fuori del nostro ambiente atmosferico, piace piuttosto di chiarire la ragione che consigliò la saggezza dei legislatori italiani a risolverla nel senso dell'articolo 209.

La legge si è mostrata sollecita di determinare la forma in quanto custodisce i più utili risultamenti nel fatto pratico, e sono sì manifesti, che non è senza una certa maraviglia che tanto numero di eccellenti autori d'ogni paese (2), riguardando come sufficiente l'accettazione per mezzo di lettere missive (che sotto il rapporto del diritto costituito o interpretando era difendibile), non si portasse giammai colla mente a considerare ciò che meglio richiedesse la natura delle cose e l'interesse del commercio in un diritto da costituirsi. Non è questo il più nobile, e qualche volta il più rilevante ufficio degli espositori?

L'accettazione non è che *la seconda perfezione* della lettera di cambio, per servirci ancora della frase tolta al CASAREGI; ma quando esiste, costituisce il documento cambiario in tutto il vigore e lo fornisce di tutte le attitudini di cui è capace. Ma codeste sue attitudini, i suoi requisiti, e il complesso delle transazioni che si sono svolte, per dir così, dal suo tronco, devono apparire e apprendersi alla prima lettura. La dichiarazione di accettazione non si ha a ricercare in altre carte, in documenti separati, che sfuggono ad ogni previsione regolatrice; talvolta poco chiari, equivoci, intralciati da condizioni, forse ritrattati, forse contraddetti da altri fatti, da altri documenti. Non bisogna insomma fare di quell'atto cambiario che si espone all'intuito di mille commercianti fra le cui mani passa colla rapidità della moneta, non bisogna fare, io diceva, un documento di relazione, spiegabile per confronti, e disputabile in quanto siano disputabili gli atti che si celano dalla sua formola evidente, e vanno ad immergersi in una corrispondenza, in una pescaia di libri commerciali, nelle ambagi di un conto corrente. La legge vuol dettar lei questa formola, vuol dominarla, vuole che apparisca dallo stesso atto, appunto perchè si è riserbata e tiene gelosamente in mano la direzione di tutte le sue parti e di tutte le modalità della sua dizione. Il suo sistema sarebbe assurdo se di ogni altra cosa sollecita, questa sola avesse lasciata all'arbitrio non solo, ma avesse per-

(1) FERRIERE, *Diction. du droit*, tom. I, pag. 16.

(2) Rammentiamone alcuni: LOCRÉ, all'art. 122; VINCENS, lib. VIII, tom. II, chap. V; MERLIN, v° *Lettre et billet de change*, § 4, n. 10; DELVINCOURT, lib. I, tit. VII, chap. IV; KOENICK, § 8, num. 2; PUTTMANN, *Principii di diritto in materia di cambio*; CLAPROTH, *Sulla procedura*, pag. 85; PHOONEN, *Costumi della città d'Amsterdam nel controllo di cambio*; BONNIN, sull'articolo 122, nota; DALLOZ, *Répert.*, v° *Effets de commerce*; NOUGUIER, loc. cit.; ALAUZET, n. 841, ecc. Oltre una infinità di decisioni in questo senso. Pochi sono i contrari, fra i quali è PERSIL (all'art. 122), tempestato di critiche dal suo editore belga, e qualche isolata decisione della Cassazione.

Digitized by Google

messo che la lettera di cambio non ne facesse tampoco menzione. Ed anche a volersi restringere al materiale del dettato, io non so proprio come non si vedesse che i moltiplici disposti del Codice sull'accettazione sarebbero in gran parte incomprensibili o almeno di ben difficile applicazione, se la sua formola non dovesse apparire dalla stessa lettera di cambio.

—

781. *Data dell'accettazione.*

Il secondo e terzo periodo dell'articolo 122 del Codice di commercio francese hanno fatto sorgere qualche difficoltà in certe evenienze possibili, ma il moderno legislatore ha trovata quella dizione irreprensibile, ricopiandola anche una volta.

Se il termine della scadenza è fissato, poco importa la data dell'accettazione. Se il termine del pagamento non decorre che dal giorno dell'accettazione, la data è indispensabile. Senonchè può essere dimenticata, e allora la legge suppone l'accettazione *fatta nel giorno medesimo della tratta*, e da esso conta il termine.

Nulla di più semplice. Ma accade che, essendo di solito la scadenza assai corta, la lettera sia presentata ad un intervallo dalla data naturale della lettera maggiore di quello che dovrebbe correre dall'accettazione. Esempio. La lettera è tratta da Amburgo sopra Livorno quindici giorni vista, e ha la data del 1° luglio. La lettera non viene presentata che il 1° di agosto; è accettata, ma l'accettazione manca di data. Il presentatore si avvede tosto della omissione, e domani torna ad inquietare il trattario, e gli dice pagatemi. L'azione è poco onesta; egli dovrebbe far apporre la data, fors'anche per proprio vantaggio; ma è nel suo diritto. Indarno l'accettante vorrebbe riparare alla dimenticanza; provare che l'accettazione non è che di ieri. È quella una clausola penale, come altri ha detto benissimo; il legislatore stesso ha creata una scadenza che non è naturale per gastigare la trascuranza del trattario.

Indignato, non paga; conviene elevare il protesto. I giranti e il traente opporranno con buona ragione, insegnò un grave scrittore (1), la decadenza del portatore; poichè contando dalla data della lettera, essa doveva presentarsi, all'effetto del pagamento, sino dal 16 luglio, e il giorno appresso farsi il protesto.

La difficoltà è seria in ordine alla legalità nel tempo stesso che si apprende qualcosa di contraddicente che disgusta. La disposizione, odiosa al trattario, sembra favorevole al creditore; ma d'altro lato, quando, emesso il protesto, si battono i garanti, pare che la legge ritiri dal creditore i suoi favori, e lo esponga alla caducità per non essersi portato a riscuotere nel giorno della scadenza che per finzione si misura dalla data stessa del titolo. Vero è che il creditore non è tenuto a presentare la cambiale all'accettazione entro un termine precisato (2): ma non è in questo modo che può risolversi la difficoltà, la quale consiste piuttosto nel conoscere il giorno della presentazione che rimane incerto per omissione della data.

PERSIL, sentendo la morale ingiustizia della conseguenza (3), crede non potersi senza ingiuria attribuire alla intenzione del legislatore. Io ne convengo; ma quante volte il legislatore, non sapendo bene esprimerla, costringe il magistrato, interprete della parola, a sentenziare contro la sua intenzione medesima? PERSIL crede di avere il segreto: « Eh « bien! il foudrait décider que le protêt de« vrait être fait *le lendemain du jour ou « l'accepteur se réfuserait de payer*. Toute au« tre décision serait souverainement injuste ». Va bene, ma egli non ha veduto che la sua soluzione lascia intatta la difficoltà. La legge impone al possessore della lettera di cambio due cose: 1° che la esiga (si presenti ad esigerla) nel *giorno della scadenza* (articolo 247); 2° che faccia il protesto il giorno appresso (articolo 248). Se il giorno della scadenza era nel 16 luglio (caso proposto), come si portò a riscuotere solo il 2, 3 o altro giorno del mese d'agosto?

In tale condizione di cose non vi è che un mezzo: *ammettere il possessore della lettera di cambio alla prova del giorno dell'accettazione* (4). Ed è anche la decisione di NOUGUIER (num. 336).

(1) FAVARD DE LANGLADE, *Lettre de change*, t. II, § 2.

(2) O supponiamo che in questo caso non sia tenuto; o se tenuto, non sia uscito dal termine.

(3) Commento all'articolo 122 del Codice di commercio francese.

(4) Così non accordandosi al trattario *in pœnam* di farne la prova in confronto del portatore, questi che viene a patire un'altra sorpresa dai giranti che lo gridano decaduto, deve fare la stessa prova in difesa propria.

Digitized by Google

Articolo 210.

L'accettazione di una lettera di cambio pagabile in luogo diverso da quello della residenza dell'accettante, indica il domicilio dove deve essere fatto il pagamento e ove debbono farsi gli atti.

785. *L'articolo è piuttosto facoltativo che dispositivo e precettivo, quantunque possa anche dirsi precettivo nel senso del limite posto alla facoltà del trattario.*

786. *Gli atti imperativamente ordinati dall'articolo* 210 *non sono che gli stragiudiziali e cautatorii appresso la mancanza del pagamento; la giurisdizione continua ad esser regolata dagli ordini della procedura civile.*

---

785. Anche il testo presente è alquanto difficile. Sentiamo il PARDESSUS, che suol esprimersi con precisione: « La lettera di cambio può esser pagabile in domicilio diverso da quello del trattario. Il domicilio ove dovrà presentarsi il portatore *può in questo caso non essere stato indicato dal traente nella lettera di cambio*. Ebbene, l'accettazione *deve indicare il domicilio ove sarà effettuato il pagamento*, e dovranno farsi le diligenze (gli atti). Il portatore *potrà rifiutare come incompleta* quella (accettazione) che non lo contenesse, poichè da un lato essa non porgerebbe la *indicazione precisa della casa* ove sarà per riscuotere, dall'altro non potrebbe riscuotere al domicilio reale del trattario che per convenzione *non sarebbe il luogo designato al pagamento* » (numero 309).

La prima osservazione che si offre alla mente ell'è, se quel modesto *indica* sia un *precetto* o piuttosto un *consiglio*, o meglio ancora un *diritto* dell'accettante.

Secondo il premesso passaggio di PARDESSUS, sarebbe un *precetto*, provvedendosi ad una vera necessità, in guisa che non facendosi dall'accettante la indicazione del domicilio, l'accettazione sarebbe equiparabile al rifiuto e darebbe luogo al protesto.

Altri invece, niente meno che LOCRÉ « c'est « *un conseil* qu'il donne, non un devoir qu'il « impose » (l'articolo 211) (1). ALAUZET aggiunge: « Se l'accettazione è data senza riserva (cioè senza indicazione di domicilio) essa si riferisce *di pieno diritto al domicilio dello stesso accettante*, salvo al portatore di volere indicato un altro domicilio se il titolo gliene dà il diritto, o fare il protesto ».

Anche in questo sistema il *consiglio* si risolve *in precetto* (2).

Finalmente la indicazione del domicilio può considerarsi come *un diritto* del trattario: « Si « le tireur (parla PERSIL) garde le silence *sur* « *le domicile précis;* s'il indique simplement le « nom du tiré et le lieu de payement, *c'est à* « *l'accepteur à déclarer qu'il payera à tel domicile* (Commento all'articolo 123, nº 3).

L'articolo 210 sembra lasciare un vuoto. PERSIL spiega dicendo — *il traente può non avere indicato il domicilio preciso*. Io ritengo l'articolo contenga due ipotesi od eventualità. Spetta al traente, d'accordo col prenditore, indicare per trattario Tizio, banchiere di Bari, che pagherà la tratta a Napoli. Ma Napoli è immensa. L'accettazione indica il *domicilio* (non si dice più residenza) *ove dev'essere fatto il pagamento:* dichiara cioè che sarà fatto *in Napoli al banco A., via Toledo, n°...* Tale indicazione è una vera necessità del cambio, altrimenti ne deriva l'inconveniente al quale PARDESSUS accenna. Ove mai andrebbe altrimenti a riscuotersi il pagamento della lettera di cambio? Non alla residenza del trattario, che non è il luogo ove il possessore ha diritto di esigere; non altrove, perchè il dire esigerete a Napoli senz'altro, equivale al dire in nessun luogo. L'accettazione indica il punto della gran città ove il pagamento sarà effettuato.

E questa è la prima ipotesi. Il trattario non ha una vera obbligazione di specificare il domicilio della cambiale in paese alieno: accettando puramente e semplicemente la tratta, egli fa quanto dovrebbe, non vi è legge che gl'imponga di fare di più. Quindi l'articolo si ferma a dire *indica* — non ordina, non co-

(1) *Esprit du Code de commerce*, tom. II, p. 102.
(2) *Precetto* intendo in quanto il trattario non emetterebbe accettazione valida e operativa.

manda di precisare il domicilio. Fu mala cura del traente, inavvertenza dello stesso prenditore della lettera che avrebbe avuto tutto il diritto di pretendere la indicazione precisa del luogo del pagamento (articolo 196, alinea 5). Che ne avviene? Il domicilio terzo e convenzionale sparirà; rimane il luogo naturale della residenza del trattario, e ivi soltanto potrà chiedersi il pagamento.

Chi mai vorrebbe dolersene? Il traente che non curò nè di specificare *ab initio* il luogo del pagamento, nè di far opera col suo corrispondente (il trattario) acciocchè si prestasse a riparare il difetto indicando egli medesimo il luogo ove sarà per pagare? Il prenditore e rimettente della lettera di cambio che fu contento di quella enunciazione incompleta? Il possessore che lasciò passare il semplice — *accetto* — del trattario, senza insistere e senza protestare? Il trattario finalmente che pagando alla residenza propria fa il maggior suo comodo?

Io leggo poi sotto la lettera dell'articolo un'altra ipotesi. *L'accettazione indica il domicilio ove dev'esser fatto il pagamento*, abbenchè il domicilio fosse stato indicato più o meno arbitrariamente dal traente, purchè non fuori della stessa città. Preme all'acquisitore della lettera di cambio di esigere la somma a Napoli, e non a Bari, nè in altro paese. A lui è indifferente che il banchiere di Napoli che deve pagare, abiti nei quartieri di levante o di ponente nel giro di quella città. *Quod tibi non nocet et alteri prodest*, è dovuto dalla naturale equità. Sin qui l'accettante può dichiarare il domicilio, variando quello segnato in principio con o senza il di lui consenso, come altrove notai. Più oltre la sua dichiarazione dovrebbe interpretarsi *rifiuto*.

Da questo punto la critica può far ragione delle varietà ricordate nell'esordio del presente paragrafo e conciliarle.

Non ammettendo che il legislatore dia dei *consigli*, si avvertì che chi proferiva questa parola, riuscì, nello svolgersi del discorso, *al precetto*. Più tardi si è potuto credere essere una facoltà del trattario. Non c'è altro che intendersi sul valore che diamo ai vocaboli. Quella che domina nell'articolo 210 è la idea della facoltà. Il precetto sta nel non poterla eccedere, nel non potersi valere di essa facoltà se non secondo ragione. Può rifiutarsi il trattario, ma non può voler pagare a suo agio in casa propria quando il mandato che riceve dal traente non è semplice ma qualificato, di pagare cioè in un dato paese, fuori di quello in cui ha la sua residenza abituale.

786. « *L'accettazione.....* indica il domicilio « ove dev'esser fatto il pagamento *e ove deb-« bono farsi gli atti* ». Che atti sono? I giudiziari diretti a conseguire il pagamento al quale il trattario non volle prestarsi, e quindi l'articolo 210 si dirà attributivo di giurisdizione? O gli atti conseguenti dalla tentata e non riuscita esecuzione del contratto cambiario, in quanto cautatorii e stragiudiziali e non più oltre?

Quest'ultimo è il senso immediato e oggettivo dell'articolo. Gli atti di cui qui si parla non sono che i protesti in difetto di pagamento (1), le intimazioni relative da farsi al trattario, se occorre. Un altro effetto proceduriale deriva da questo fatto dal trattario, contenuto esso pure nella formola dell'articolo fin dove può combinarsi colle disposizioni del sistema giudiziario.

In pratica, la questione si è sollevata e può risolversi senza molte parole.

È stanziato nell'articolo 91 del Codice di procedura civile: « Nelle materie commerciali « possono (le azioni personali e reali su beni « mobili) proporsi davanti l'autorità giudiziaria « del luogo in cui fu fatta la promessa e la « consegna della merce, o *in cui deve eseguirsi « l'obbligazione*, sebbene il convenuto non sia « ivi citato in persona propria ». Avrà voluto fare di più l'articolo 210 del Codice di commercio, portando una innovazione, quale che sia, al Codice di procedura?

Non può neppure pensarsi; esso, come sopra dissi, non dispone che nei limiti del proprio oggetto; considera la indicazione del domicilio fatta dal trattario come un obbligo esteso eziandio a quello di riconoscere per legalmente praticati a quello stesso domicilio gli atti che vi hanno rapporto. Quel di più che può seguitarne è piuttosto prodotto dalle disposizioni della procedura civile che dalla legge del commercio.

La legge commerciale, per quanto spetta al giudiziario, non fa che indicare *uno dei luoghi* che rientrano nel largo disposto dell'art. 91, ove appunto si contempla *quello in cui deve eseguirsi la obbligazione*, e che è pure attributivo di giurisdizione. Ma è chiaro che questo effetto non emana che dalla legge di procedura. Non è men vero che il creditore potrà convenire l'accettante avanti l'autorità del

(1) Se ne ha riscontro nell'articolo 259: « Il protesto deve farsi... al luogo *indicato nella lettera di cambio per il pagamento* ».

luogo ove avrebbe dovuto eseguire la sua promessa. Del resto il creditore non ha altro legame dall'articolo 210 fuor quello di dovere praticare a quel domicilio gli atti stragiudiziali (1). Quando sarà per muover la lite, potrà giovarsi delle concessioni che ha fatte al commercio l'articolo 91 della procedura, scegliendo quella delle autorità giudiziarie ivi designate che meglio gli convenga, non esclusa quella del domicilio reale del convenuto.

In questo senso il luogo del pagamento vale per l'effetto della giurisdizione il domicilio eletto, non perchè in se stesso tale (2), ma perchè chi elegge quel luogo per eseguire la obbligazione, facoltizza il creditore a scegliere la relativa autorità territoriale non solo ma eziandio a citarlo in quello stesso luogo, come appunto se ivi avesse peculiarmente eletto il suo domicilio giudiziale (3).

Articolo 211.

L'accettazione non può essere condizionale, ma può essere ristretta quanto alla somma.

In questo caso, il possessore deve far protestare la lettera di cambio pel soprappiù.

787. *Della condizione non casuale ma* podestativa *posta dal traente o girante al trattario. Della modalità aggiunta dal trattario alla propria accettazione, consentita dal presentatore della lettera di cambio.*
788. *Accettazione con riduzione della somma.*
789. *Accettazione colla clausula* per pagare a me medesimo — *non contraddetta dal presentatore. Questione fra i terzi giratari e l'accettante, secondo l'esposizione di* Nouguier.
790. *Il quesito quivi enunciato è primeggiato da un altro, risolvendo il quale diciamo contro la maggioranza degli scrittori, che l'accettazione non può essere condizionata alla compensazione in favore del trattario, espressa in quella clausula* — per pagare a me medesimo.
791. *L'altro quesito si risolve secondo la dottrina di* Nouguier (Sopra, nº 789).
792. *Accettazione colla clausula* — sotto protesto.

787. Il trattario, accettando, non fa che eseguire il mandato ricevuto dal traente. È da credersi che il mandato non sarà mai di fare un pagamento sotto condizione casuale (4), benchè lo sia quasi sempre a termine. Ma io suppongo per un momento e in ipotesi non comune, che quella veramente sia la espressione del mandato.

Ma donde risulterà un tale mandato nel quale, a cagione d'esempio, si dicesse al trattario: pagate a sei mesi data al signor *A. B.* la somma di... semprechè in quell'epoca egli sia stato emancipato dal padre? (5) Due questioni che io tocco di passaggio. Se risulta dalla lettera di cambio, perde essa il proprio carattere? Se da separato avviso al trattario, potrà con ciò il traente restringere i diritti del prenditore e di coloro che hanno interesse nella lettera di cambio?

Breve risposta. Negativamente al secondo quesito (la ragione è manifesta); affermativamente al primo, stando in verità che una let-

(1) Lo dichiarano quelle parole — ove *debbono farsi gli atti.* — Ma è facoltativo al creditore di farli seguire piuttosto al domicilio reale del trattario.

(2) Nè parificabile per la intenzione al fatto convenzionale considerato dall'articolo 95 della procedura civile.

(3) Ne discorse con troppe parole Persil, commento all'articolo 110, num. 19; e più volte, in senso conforme risolvevano le Corti di Francia (Cassazione francese, 29 ottobre 1839, Sirey, t. xxx, part. i, pag. 378; 29 agosto 1815, Sirey, tom. xv, part. i, p. 43; Brusselle, 30 novembre 1809, Sirey, vol. x, part. ii, pag. 217; Agen, 10 febbraio 1810, Sirey, ii, pag. 193; Colmar, 9 luglio 1806, Sirey, tom. vi, part. ii, pag. 900; Parigi, 2 giugno 1812, Sirey, vol. xii, part. ii, pag. 343; Liege, 6 gennaio 1834).

(4) Spiegherò or ora la ragione di questa qualificazione.

(5) È uno che non vuol pagare a un figlio di famiglia, uno che ha degli scrupoli: ce ne sono anche di questi.

Digitized by Google

tera di cambio non può concepirsi pagabile sotto condizione (1). Vero è che in questo caso tratterebbesi di mandato modale non contrariato dalla teoria; senonchè un simile mandato, consentito dalle parti, darebbe all'atto il carattere di semplice obbligazione.

La condizione cadendo invece sull'accettazione, e per fatto puramente del trattario al quale conviene di apporla nel proprio interesse, non è che un rifiuto. Chi dice accetto purchè si faccia la tal cosa, o si verifichi il tal fatto, dice in realtà non accetto, non voglio pagare. È questo il senso del primo inciso dell'art. 211.

Non può adunque apporre condizione casuale il traente nel suo mandato al trattario; nè il trattario accettare sotto condizione: il primo fatto ripugna all'essenza cambiaria; il secondo è disconveniente, e perciò è sottratto all'arbitrio del trattario.

Rileva però esaminare due fatti, in quanto possono o no combinarsi con questi veri principii.

Il primo fatto sarebbe quello del traente, o anche dei giranti che limitassero l'accettazione del trattario a modalità, condizione, se vuolsi, non però *casuale* ma *podestativa*. Tizio, traente o girante, consegnava a Caio due esemplari della stessa lettera di cambio per motivi altre volte da noi indicati; e ingiunge al prenditore della lettera che, ritirando l'accettazione, dovrà restituire all'accettante l'altro esemplare che possiamo anche supporre inchiudere un duplicato di esposizione del traente, del girante o del trattario medesimo. Ecco una condizione, podestativa però, al portatore della lettera, che dipende da lui l'eseguire; la quale, non imposta ma convenuta, non discorda dall'indole della operazione cambiaria, mentre si riconosce perfettamente giusta.

Il trattario, che ha forse richiesta in prevenzione quella garanzia, non fa atto di rifiuto quando esso la esiga dal presentatore *ove sia stata convenuta*, come abbiam detto; altrimenti non può essere affacciata al presentatore, imperocchè quando si dice *accettazione non condizionale* (2), s'intende estensivamente ad ogni e qualunque modalità, sia pure plausibile in senso di equità e di ragione (3).

Vediamo il secondo fatto nel quale il traente o girante non ha veruna parte.

L'accettante aggiunse una modalità, una condizione, un onere: ha risposto al presentatore, io accetto purchè mi sia data una garanzia, a uno scopo qualunque che sarà dichiarato (4). Se il possessore della lettera di cambio, lo dirò colle parole autorevoli di PARDESSUS: « Se contentait de l'acceptation avec « les indications ou changements dont nous « venons de parler, ou si n'ayant pas fait le « protêt, il était censé y avoir consenti (5), *il « ne pourrait demander à l'accepteur rien de « plus que celui a promis*, et ne serait plus « fondé à prétendre, à l'époque du payement, « qui il doit être fait selon les indications « écrites par le tireur, et que les modifica« tions ou conditions insérées dans l'accepta« tion doivent être réputées non écrites » (num. 371).

Perchè mai la incompatibilità che si riscontra coll'indole del contratto cambiario nel primo caso, e la compatibilità nel secondo? La ragione è palese. In quello trattasi dell'organismo della cambiale; il pagamento incondizionato è uno de' suoi elementi costitutivi. In questo non si tratta che di modificare la forma dell'accettazione che più volte abbiamo avvertito essere accessoria e non essenziale alla costituzione cambiaria.

788. L'accettazione non si reputa *condizionale* se il trattario la respinga *quanto alla*

(1) L'epoca del pagamento è uno dei requisiti sostanziali della lettera di cambio, e intorno alle sue modalità e condizioni vedi il num. 712.

(2) Nel 31 marzo 1838 la Corte di Parigi ebbe a sentenziare di un'accettazione così espressa: *per pagare alla scadenza sulle tali forniture da riceversi entro il mese*. Era condizionale e non soddisfacente facendosi dipendere il pagamento da un fatto eventuale e da verificarsi (*Journal du Palais*, 1840, t. II, pag. 40).

(3) Proposizione generale che specialissime circostanze potrebbero nell'atto pratico modificare. PARDESSUS fa delle eccellenti osservazioni al n. 370 e seg. Il rigore della legge, egli dice, è tale che non potrebbe l'accettante, senza il consenso del presentatore, indicare neppure *un bisognatario*, per lo nuovo incomodo che ne viene al creditore che dovrebbe portarsi a riscuotere in luogo diverso. « A « la vérité, le refuse d'une indication qui n'expo« serait le porteur à aucun déplacement ne serait « qu'une pure chicane, et si, sans autre motif, il « exerçait les recours qu'autorise le défaut d'ac« ceptation, les tribunaux ne devraient pas hésiter « à le condamner aux dépenses de l'incident occa« sioné par son refus ».

(4) È fallito, supponiamo, il traente; il trattario, dopo aver accettato, non può esonerarsi (art. 208), ma può non accettare. Allora propone a condizione che si garantisca, verbigrazia, dal pericolo di dover pagare una seconda volta verso creditori del fallito che mandano dei sequestri o verso tali che pretendono di esser proprietari dei valori della provvista e via discorrendo.

(5) Vedi il commento all'articolo 218.

somma. Ciò dichiara il testo nella seconda sua parte.

Il trattario restringe il debito alla somma da lui realmente dovuta al traente con quello stesso diritto con cui emette il suo rifiuto se non ha debito alcuno, e se per una causa qualunque, o anche senza causa, non vuole accettare (1). Al presentatore è fatta legge di adattarsi a questa dichiarazione del trattario; si è creduto dagli originari legislatori di semplificare in tal modo l'esito della convenzione cambiaria, con qualche incomodo del creditore che dovrà riscuotere il debito spezzato fra due o più debitori. Perciò deve limitare il protesto e la domanda della cauzione per la somma deficiente (2). Havvi una intrinseca ragione dichiarata in altro luogo da PARDESSUS (n° 207). Il presentatore coi diritti propri esercita quelli del traente e dei giranti quale loro mandatario. Prendendo in parola l'accettante per la somma confessata, fa cosa utile ai suoi mandanti. È questa una regola particolare al commercio cambiario, altra da quella che è stabilita nell'articolo 1246 del Codice civile.

La giurisprudenza anteriore ai Codici poneva quest'accettazione fra le condizionali (3), ma veramente non è. È piuttosto una modalità che una condizione, e credo non occorra il dimostrarlo (4).

789. *Accettazione per pagare a se stesso.*

Qui compensat solvit. Accade che il trattario si trovi creditore liquido e certo del presentatore della lettera di cambio; ed è per lui giuridico l'accettare colla clausola *pagare a me medesimo*. Si è detto che con simile espressione il trattario confessa di aver ricevuta la provvista (NOUGUIER, n° 340). Ma non è sempre vero. Il trattario può accettare con questa formola eziandio in credito del traente, e, come dicesi, allo scoperto. L'una cosa non inferisce all'altra, e sono rapporti dissimili. La clausola *a me stesso* non concerne che quel rapporto che esiste fra il trattario e il presentatore, possessore attuale della lettera di cambio. Egli intende liberarsi da lui, come ben disse lo stesso NOUGUIER, *colla moneta della compensazione.* Vero è per altro che il trattario si procaccia la provvista, o meglio il corrispettivo della sua accettazione mediante l'effetto stesso della compensazione (5).

Tutto corre a maraviglia se il presentatore si acquieta a questa nuova condizione di cose che crea per lui la risposta dell'accettante; se si rassegna all'estinzione del suo credito. Pare invero ragionevole a dire, che in questo mutuo consentimento delle parti interessate, il presentatore pagherà col consegnare la cambiale al trattario, col lacerare le obbligazioni rispettive (6). Ma noi supponiamo che il presentatore se tenga in mano il recapito negoziabile ed anche la giri a dei terzi (7). È allora che sorgono questioni nella quale si trovano a fronte distinti sistemi.

Nell'uno si dice contro i giranti e a favore del trattario. Una convenzione valida è intervenuta fra il trattario e il presentatore mediante la quale il primo ha pagato e non deve più nulla. Tuttavia lo stesso presentatore, mal fido all'accordo, gira la lettera di cambio ad altri ricevendone il valore. Il giratario però era prevenuto dalla forma dell'accettazione (8), e conosceva lo stato delle cose; fu incauto di non procurarsi dal cedente una garanzia reale ch'egli avrebbe in altro modo soddisfatto il suo debito verso il trattario; onde l'accettante, forte di tale eccezione, respingerà la sua domanda di pagamento.

L'altro sistema pone in bocca al giratario la seguente risposta. La girata regolare trasporta nel giratario la proprietà della lettera di cambio. Per me, giratario, la vostra accettazione prova la provvista e vi obbliga al pagamento effettivo, che non è altro che il dovere di versare al possessore della lettera di cambio, che sono io, l'importare della provvista della quale siete depositario a questo scopo. Io non sono punto obbligato di convenire nel modo di pagamento che avete immaginato; e se mi oppo-

(1) PHOONSEN, chap. x, § 20: « Comme il est au choix de celui sur qui une lettre de change est tirée, de l'accepter ou de ne pas le faire; il dépend aussi de lui d'accepter volontairement, ou sous protesto et simplement ».

(2) *Pel soprappiù*, dice l'articolo con cattiva locuzione tolta dal francese, articolo 124.

(3) GIRAUDEAU, *Recueil*, v° *Acceptation*, § 5; BALDASSERONI, tom. II, part. II.

(4) Del resto i legislatori che sistemarono i fatti giuridici della commercialità senza crearli, ne avevano esempio in secolari costumi italiani e olandesi soprattutto, come attestano DELAPORTE, DUPUIS DE LA SERRE e POTHIER.

(5) Il che non toglie, ripeto, che, compensando un credito personale proprio verso il presentatore, e non essendo punto debitore del traente, non possa reclamare da lui il rimborso.

(6) Posto che i due debiti fossero scaduti.

(7) Fors'anche sperando di pagare del proprio il debito che ha coll'accettante.

(8) Onde si conferma la saggezza di quel disposto per cui si vuole scritta l'accettazione sulla stessa carta cambiaria.

nete che libero eravate di accettare come meglio vi piaceva, ebbene, io prescindo dalla vostra accettazione, io l'ho per nulla e come non avvenuta. Non è dunque in forza della vostra accettazione che io voglio costringervi al pagamento; ma rivestendo le ragioni del traente debitor mio e vostro creditore, mi valgo delle sue azioni, e vi dico per lui che voi dovete eseguirne il mandato che avete ricevuto, e com'egli ha destinato che si eseguisca. Siete creditore del mio cedente? Me ne rallegro: ma ora non vi trovate di fronte il debitor vostro: io sono un terzo, e non sono il vostro debitore. Quanto all'obbiettarmi che il cessionario non può aver maggiori diritti del suo cedente, io vi rispondo, che questo principio, vero nelle materie civili, non ha pari efficacia nelle commerciali, e specialmente quando si tratta di una lettera di cambio. I miei rapporti di giratario sono indipendenti da vostri particolari col mio cedente, col quale dovrete intendervi. Perchè avete lasciato il titolo negoziabile in mano al vostro debitore? E sull'avere avuto io conoscenza della modalità che vi piacque apporre alla vostra accettazione, rispondo, io conosceva che non poteva pregiudicarmi.

790. Prima di occuparci di questa controversia fra il giratario e l'accettante, dobbiamo risolvere un altro quesito che, per quanto noi crediamo, ha una priorità logica.

È legittima, è giuridica quella forma di accettazione? Non sarebbe forse riprovata perchè condizionale? Se si risponda del sì, il presentatore può interpretarla come un rifiuto, e procedendo agli atti del protesto costringere il traente e i giranti in conformità dell'articolo 207.

Qui la questione si suddivide. Vi ha chi sostiene non essere condizionale l'accettazione (cioè non respinta dalla legge) in quanto aggiunga modalità estranee all'indole cambiaria, semprechè il trattario sia creditore *di una somma attualmente certa*, *liquida*, *scaduta*; in tal caso non è vietato al trattario di accettare la lettera di cambio *per pagare a se stesso* per via di compensazione, laonde il portatore non può sconoscerla *all'effetto di esercitare ricorso contro il traente.*

Questa dottrina, alquanto antica (1), si veniva modificando dall'autorità degli scrittori posteriori. POTHIER diceva riputarsi condizionale « pourvu que ma créance soit d'une « somme liquide, *qu'elle soit échue ou doive « échoir* au temps de l'échéance de la lettre. « Le refus que je lui fais, par cette espèce « d'acceptation, de lui faire un payement « réél, étant un refus qui procède de ce qu'il « est mon débiteur, et par conséquent qu'il « procède de son fait, ne peut donner lieu à « aucun recours contre le tireur » (*Contrat de change*, n° 47) (2).

Ma EMILIO VINCENS, uno dei più profondi scrittori di cose commerciali, rinfrescava la dottrina anteriore, rendendola più rigorosa. Egli non intende la compensazione se non fra due crediti esigibili. La lettera di cambio non lo è. Il possessore non può esser costretto a ricevere il pagamento innanzi tempo. In effetto o l'uno o l'altro credito deve ancora scadere (Vol. II, pag. 264).

Risponde BÉDARRIDE (n° 232) accordandosi nella conclusione, qualora si trattasse di realizzare una compensazione *hic et nunc*. Ma accettare *per pagare a se stesso* è meno una compensazione (avvertite) che una dichiarazione di volontà di compensare più tardi. Bisogna riportarsi *al momento della scadenza.* Sino a quel punto il trattario nulla deve. Intanto egli adempie alla legalità; accettando, ammette di avere la provvista, si obbliga al pagamento, salvochè aggiunge ch'egli lo farà mediante compensazione.

Fermo in quest'idea, BÉDARRIDE non ammette il ricorso del presentatore contro il traente. Il traente a buon diritto gli risponderà: che volete da me? La legge mi obbligava a fare la provvista: io l'ho fatta; io era tenuto a procurarvi l'accettazione, e l'accettazione l'avete ottenuta. Io non vi debbo più nulla sino alla scadenza, e qualora manchi il pagamento. L'ostacolo che incontrate non viene da me, bensì da voi, per effetto di un fatto vostro personale, e che punto non mi riguarda. Vorreste perciò che io pagassi una seconda volta?

Il sistema incontra un'altra obbiezione nei principii generali del diritto commerciale. Se si ammette questa maniera di accettazione, voi vedete paralizzarsi la circolazione cambiaria; come può trascorrere coll'ordinaria agevolezza le vie del commercio la lettera di cambio che porti questo stigma? Anzi resterebbe atto sterile e demonetato, giacchè nulla avendo

(1) DUPUIS DE LA SERRE nella sezione *Des lettres de change*, chap. VII. Egli risolve ugualmente o il trattario sia creditore del presentatore e di qualunque altro possessore precedente e girante.
(2) Conviene MERLIN, *Répert.*, v° *Acceptation des lettres de change*, num. 3.

Digitized by Google

a riscuotere il cessionario, non sentirà la voglia di acquistare il recapito. Il fine della istituzione sarà traviato: la circolazione si spegne. Più. L'accettante non si obbliga soltanto verso il portatore attuale, ma verso i futuri eziandio. Non s'intende come tale eccezione personale possa estendersi ai futuri acquirenti.

A siffatte ulteriori obbiezioni replica Bédarride (n° 233). Non sussiste che la circolazione dell'effetto sia paralizzata. Fatta meno agevole sì, bisogna convenirne, non però impedita la circolazione. Il girante può aver credito abbastanza, o prestare guarentigie di futuro pagamento al giratario. Ma supponiamo impedita la circolazione. Lo sarà in questo caso specialissimo, senza che ne sia offeso lo scopo generale della circolazione. Essa finisce *devant l'extinction par un payement pouvant être offert, et accepté avant l'échéance* (1).

È un effetto che per legge si apprende anche ad altri rapporti giuridici: alla confusione, per esempio (2). Perchè non così nel presente caso? Colui che mediante un effetto di commercio si è liberato da un debito, non ha conseguito l'intento? E se tanto gli ripugnava questo modo di estinzione, perchè è venuto a negoziare la lettera di cambio proprio col suo creditore?

All'obbietto che l'accettante non si obbliga solamente verso il portatore attuale, ma eziandio verso i futuri: ciò esser vero in generale, ma non qui. I termini stessi dell'accettazione dimostrano che l'accettante *non intende pagare ad altra persona*, ma a colui solo che in questo giorno gli presenta la lettera.

Io mi occupo della dimostrazione che venni narrando, e ne ricavo tre proposizioni che non sembrano corrispondere logicamente.

1° Che non si tratta *di una vera compensazione*, ma piuttosto dell'intenzione di effettuarla in seguito;

2° Che si verifica la estinzione del credito cambiario *hic et nunc*, dopo aver detto che *hic et nunc* non si consuma la compensazione;

3° Che l'accettante non ha in animo fuorchè di pagare al possessore attuale, non mai ai di lui cessionari.

Queste tre proposizioni mi convincono che il sistema è falso. Esse fanno certo argomento che *per compensazione* può bensì effettuarsi il pagamento della lettera di cambio, *non sottoporsi l'accettazione alla condizione della compensazione*. Io dunque, nel mio modo di vedere, vado a troncare la questione dalla radice.

Basterebbe contro l'opinione comune il giusto riflesso del Vincens, che i termini abili alla compensazione non possono concepirsi nell'atto dell'accettazione. Se è vero che la compensazione non ha luogo *che per somme egualmente liquide ed esigibili* (articolo 1287 del Codice civile), è indubitato che ciò non può avverarsi mai nel momento dell'accettazione. Se il credito del trattario è posteriore, le somme da compensarsi non sono *ugualmente esigibili*. Se fosse anche scaduto, non sarebbe scaduto quello del presentatore che deve pagarsi in altro tempo, e non si può imporgli di ricevere il pagamento anticipato. Bédarride fa una grande confusione di due fatti distintissimi, l'uno dei quali non è che la preparazione dell'altro: cioè fra *accettazione* e *pagamento*. Quindi, contraddicendosi, cade nell'assurdo. Non c'è compensazione oggi; potrà esserci dopo qualche tempo; *intanto i debiti sono estinti!* Non si perime la circolazione dell'effetto commerciale; peraltro il trattario ha in animo di pagare a nessuno eccettochè al presentatore attuale! (3). Che vi pare di questa maniera di argomentazione?

Le conclusioni che se ne deducono sono molto precise. L'accettazione (per quanto io stimo colla minoranza degli scrittori) fatta colla indicazione ristrettiva di voler *pagare a se stesso* è *contra legem;* è riprovata dall'articolo 211, non in quanto il trattario non possa emettere un'accettazione in questa forma (4), ma in quanto può essere dal presentatore legalmente intesa qual rifiuto.

Tuttavia disponendosi il portatore, in seguito agli atti di protesto, a promuovere le sue azioni di ricorso contro il traente e i giranti, si sollevano obbietti che meritano considerazione.

Si contrappone primieramente: il traente ha fatta la provvista dei fondi; il trattario lo ha confessato colla sua accettazione, qualunque ne sia il modo. Voi dunque non potete più rivolgervi contro il traente.

E anche qui c'è petizione di principio e confusione. L'accettazione suppone la provvista in quanto l'accettazione esiste. Ora si è dimostrato essere illegale e quindi nulla. Aggiungo

(1) Il mio perspicace lettore già si accorge che qui si declina dalla questione.

(2) Vedi num. 777.

(3) Forse lo ho tradotto debolmente il passo dell'autore: « Les termes de l'acceptation ne permettent pas le doute; ils indiquent par la compensation qu'ils annoncent *qu'on ne payera à nul autre qu'au porteur lui-même* ».

(4) Per avere effetto quando vi aderisca il portatore medesimo (V. il num. seguente).

Digitized by Google

che un'accettazione così conformata non ha per conseguenza logica della sua espressione il fatto della provvista. Come avvertii in una nota al numero precedente, l'accettante può ben coglier l'occasione di compensare il debito della tratta col credito proprio, anche senza aver ricevuta la provvista dal traente. Quando siamo in termini di *non accettazione*, non si disputa più di provvista col possessore della lettera di cambio; imperocchè il trattario può emettere il suo rifiuto malgrado abbia ricevuta la provvista.

Più riflessibile è l'altra obbiezione. Come volete, si dice, che il traente risponda di un ostacolo che proviene da voi? L'ostacolo è prodotto da un fatto vostro personale, dall'essere voi debitore del trattario; toglietelo di mezzo, se vi è possibile: è affar vostro; il traente non vi guarentisce che il fatto suo; non è responsabile che della propria colpa.

La questione rientra nei termini suesposti. Se un'accettazione in quella guisa enunciata equivale alla non accettazione, ciò basta perchè non si faccia luogo alle disposizioni degli articoli 206 e 207. Si darebbe in balìa dell'accettante intralciare la circolazione degli effetti commerciali, sottoponendola a riserve che non sono giustificate dalla natura stessa dell'operazione cambiaria, ma sono motivate da particolari rapporti fra esso e il presentatore. Se quegli stesso fra due o tre mesi verrà a riscuotere il pagamento, oh! allora l'accettante, qualora amendue i crediti siano certi e scaduti, pagherà *colla moneta della compensazione:* non prima. Intanto restando negoziabile in mano al possessore il recapito, egli potrà valersi del suo diritto. Mutata la persona, verrà meno uno degli estremi della compensazione: la presenza dei due debitori (articolo 1285 del Codice civile). L'accettazione adunque emessa in quei termini, ripetiamolo ancora, non corrisponde al voto della legge; è distruttiva del proprio scopo; è assurda perchè incapace di effetto (1). Chi vi dà la prova della verità del debito compensabile allegato dall'accettante? E questo risponde anche all'obbietto del *fatto personale* del presentatore. Sarà forse lecito un giudizio di liquidazione fra il presentatore ed il trattario onde venga giustificata la superba clausola: *pagamento in me medesimo*, facendo assistere il giratario di buona fede colla sua cambiale in mano a tale giudizio? Non vi è colpa nel traente! Legalmente vi è. Il traente è responsabile del fatto del trattario che è il mandatario suo. Egli è tenuto ogni volta che il fatto del trattario non è in relazione del mandato; quando tende ad imbarazzare il movimento dell'effetto commerciale con sovrapposizioni che non convengono alla sua natura (2).

791. Ho dovuto, mio malgrado, spender molte parole per approfondire una controversia che incontra tante difficoltà, la maggiore delle quali è il numero e l'autorità degli oppositori. Riassumo adesso in brevi parole l'altro aspetto della questione, discusso da NOUGUIER (V. sopra, nº 789), e qui sarò brevissimo.

A questo punto supponiamo acconsentita dal presentatore la formola del trattario scritta, come si deve, sulla lettera di cambio. Acconsentita perchè non ha protestato, ed ha negoziata la cambiale con quella leggenda manifesta a tutti i vegnenti giratari. Io convengo nella conclusione di quell'illustre autore, e ne trascrivo le parole. « Cette condition (*per pagare* a me medesimo) si claire a révélé la position du cédant et appris la volonté de compenser. Si malgré les avertissements qu'elle contient, la négociation a lieu, *ce ne peut plus être que de mauvaise foi ou aux risques et périls de celui qui devient endosseur* ».

792. Finisco coll'accenno di un'altra clausola, non comune oggidì per quanto io credo, ma che nella pienezza del nostro commento

(1) Difatti se può avvenire la compensazione nel punto in cui deve il pagamento effettuarsi, ciò non procede per virtù della riserva alla quale si volle legata l'accettazione, ma perchè in quel momento si avverano gli estremi della compensazione secondo i principii di diritto.

Non potrebbe neppure sostenersi che la riserva si avrà come non scritta, e resterà l'accettazione pura e semplice, sia perchè non può imporsi al trattario un obbligo diverso da quello che ha voluto; sia perchè accettando quel modo, il presentatore pregiudica sè ed i suoi cessionari, come vengo a dire nel paragrafo che segue.

(2) Dopo questa diceria, mi sono abbattuto in un passo di PERSIL, uno dei pochi nostri compagni. Egli qualifica condizionale l'accettazione; aggiunge ch'essa è destituita d'effetto; indi: « Si l'acceptation *pour payer à moi-même* ne donne aucune garantie au porteur, si le titre ne promet pas de payer la traite au porteur, *comment refuser à ce dernier son recours contre le tireur? Comment soustraire celui-ci aux suites nécessaires du protêt faute d'acceptation?* » Commento all'articolo 124. Vedi anche DALLOZ, *Répert.*, vº *Effets de commerce*, num. 305. Abbiamo contro PARDESSUS, num. 372; LOCRÉ, tom. II, pag. 102 e 103; NOUGUIER, nº 340; ALAUZET, num. 845 ed altri.

Digitized by Google

non dev'essere negletta. La clausola *sotto pretesto* usa ad esprimersi colle iniziali S. P. (1).

Essa ha luogo quando la lettera è tratta per conto non del traente, ma di un terzo dal quale non ha ricevuti i fondi, e che potrebbe anche ricevere prima della scadenza. Non abbastanza lusingato dal nome del terzo, ma avendo fiducia nel traente, non vuol rimandar la lettera senza l'onore dell'accettazione, e ne la riveste col S. P., colla quale formola intende ch'esso accetta in contemplazione piuttosto del traente che di altra persona (2), e lui si ritiene obbligato in ogni caso in cui il terzo non faccia il debito suo.

Ed è questa fra le modalità che non aggravano l'accettazione in danno del creditore; non incompatibile colla semplicità voluta; essa esprime piuttosto un rapporto conservato verso il traente. Ma sopra osservai, che oggidì questa clausola può considerarsi fuor d'uso, quasi inutile, in presenza dell'art. 201, che tiene coobbligati alla provvista il traente diretto, e il terzo all'ordine del quale ha tratta la lettera di cambio.

Articolo 212.

La lettera di cambio deve essere accettata tosto che viene presentata, o al più tardi nelle ventiquattro ore dopo la presentazione.

Il trattario che entro le ventiquattro ore non la restituisce accettata o non accettata, è tenuto ai danni verso il possessore.

793. *L'accettazione si richiede al domicilio del trattario. Ancorchè il pagamento debba eseguirsi al domicilio di un terzo.*

794. *Termine dato al trattario per decidersi sull'accettazione o sul rifiuto. Conseguenze dei suoi indugi e ritardi oltre il termine legale.*

Del pentimento; quando sia permesso: in quali condizioni di cose sia vietato.

---

793. Prima di dire qualche parola *sul tempo* in cui dev'essere prestata, vediamo in qual *luogo* l'accettazione deve domandarsi (3).

Al domicilio del trattario: è la regola generale. Sarà applicabile anche alla specie nella quale la lettera di cambio è pagabile al domicilio di un terzo ivi indicato?

Vi ha chi considera l'accettazione come parte integrale della obbligazione cambiaria che secondo la ipotesi deve consumarsi al domicilio del terzo. A chiarire coll'esempio, fingasi *A.* il trattario domiciliato a Venezia, che dovrà estinguere la lettera di cambio fra tre mesi a Trieste al banco *B.* Tale obbligazione che comincia colla promessa e finisce col pagamento, non deve prestarsi in due luoghi diversi! È sempre per servire alle comodità del consegnatario della lettera di cambio e creditore all'ordine, che si devia dal domicilio naturale del trattario, e si demanda altrove lo adempimento della obbligazione. Il creditore non conosce ad ogni effetto che il domicilio di Trieste; se il trattario non abita colà, provvegga coll'incaricarne un amico (Vincens, vol. II, pag. 259).

Non è ammesso questo sistema. A rigor di termini l'accettazione non è nell'obbligazione, nè in poco o in molto l'adempie: essa la stabilisce. Non può dunque farsi inferenza da un luogo all'altro. Sono due atti di diversa natura. Per sapere se si vuol pagare, deve prima sapersi se si accetta. Procurare l'accettazione del suo mandatario è piuttosto dello scrivente come dicevasi, del traente come dicesi adesso; d'altra parte l'interesse del creditore cambiario consiste nel ricevere il danaro a Trieste

---

(1) Non parlo di quell'analoga, che è stile di porre nelle accettazioni *per onor di firma*, delle quali si parlerà in seguito.

(2) Richard, chap. *Des acceptations des lettres de change*, pag. 132; Baldasseroni, part. II, art. 111, num. 30.

(3) Abbiamo già altrove indicata la teoria francese, che è pure la nostra, che salvo particolari convenzioni, il creditore della lettera di cambio non è obbligato a procurarsi l'accettazione: è un suo diritto.

Risolvono in contrario, e rendono obbligatoria la richiesta dell'accettazione, il Codice prussiano, articoli 963, 964 e 975; Codice russo, articolo 324; Ordinanza di Bilbao, articolo 28; Codice di Brunswik, articolo 11; Codice di Hannover, articolo 17; Codice di Danimarca, § 8; Codice di Svezia e Norvegia, § 3.

Digitized by Google

anzichè a Venezia, e si concentra nel pagamento; egli si rimane indifferente al luogo ove si fa la promessa. Non vi pare un'assurdità attribuire al possessore della lettera il diritto d'imporre a colui che non ha ancora accettato, e può non accettare, l'obbligo di farlo in un dato luogo estraneo al suo domicilio? (1).

794. Un termine qualunque può esser necessario al corrispondente sul quale è tratta la lettera di cambio per decidersi all'accettazione. Consultato il suo conto corrente, la sua corrispondenza, facendo i suoi calcoli, vedrà che gli convenga (2). Il presentatore ritira una parola di ricevuta del recapito (*reconnaissance*) colla indicazione dell'ora; indi cominciano le ventiquattro assegnate dalla legge, termine libero e senza impegno pel trattario. Se in questo intervallo il traente fallisce, il danno è tutto del creditore, abbia o no ritardata la presentazione della lettera. Non ammettiamo più, siccome un tempo, l'*accettazione tacita*, indotta dal ritenere la carta oscitando o negligendo una risposta qualunque (3). Ciò risale ai tempi dell'Ordinanza, saggiamente interpretata da POTHIER; ritenere in mano la lettera, sin quasi a non volerla restituire, è atto biasimevole, può produrre delle conseguenze a carico del trattario: non per questo accetta. Io vado più avanti, e dico che passate le ore ventiquattro, si ha la prova del rifiuto in quanto possa al presentatore interessare di allegarla.

POTHIER esamina la situazione dal lato de *dolo* del trattario (4). Dolo intendiamo è un qualche fine di proprio particolare interesse che lo muove nel suo segreto a fingere col presentatore ora dimenticanza, ora smarrimento della carta, ora qualche altro pretesto. È un uomo che ha bisogno di acquistar tempo; o perchè non si faccia rumore contro di lui levando un protesto, per non attirarsi delle azioni spiacevoli per parte del traente, per arruffare in un modo qualunque il conto corrente, per procurarsi sotto mano delle cauzioni. Ogni causa insomma non denunciata sinceramente al presentatore, benchè lo scopo che il trattario vuol raggiungere col ritardo non sia in se stesso riprovevole, costituisce, a mio modo di vedere, il dolo.

Il dolo tuttavia non si ragguaglia negli effetti che ne discendono contro il suo autore, non si ragguaglia al fatto dell'accettazione che è un contratto. È un'*obligatiò ex delicto*. Variano le conseguenze; può portarne anche delle maggiori. Se nel frattanto il traente fallisce, o qualche altro coobbligato in cui si riponeva la principale fiducia del buon esito, il trattario può esser tenuto non solo a pagare tutto il debito, ma spese e danni ulteriori (5).

Di fini dolosi non parla l'articolo 212, capoverso 2, e ne ha il perchè. Quindi consiglio di non prender alla lettera la dottrina di POTHIER, e ricordare piuttosto l'articolo 1151. « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno « ad altri, obbliga quello per colpa del quale « è avvenuto a risarcire il danno ».

Si è detto che il trattario ha libere le ventiquattr'ore; quel tempo essendo a sua disposizione, può anche in un momento di buon umore scrivere l'accettazione sulla lettera mantenuta presso di sè; ma la mattina dopo, venutogli all'orecchio qualche sussurro di borsa, è in diritto di cancellare la sua segnatura ed esporre il rifiuto. Ciò è incontestato.

Invece il fòro ha risuonato di altre querimonie contro di quei trattarii, che per una ragione qualunque anche giustificata, si erano tenuti in mano la carta e pretendevano di cancellare l'accettazione appostavi, sotto il presidio di una supposta massima di diritto commerciale che sino alla consegna della lettera l'accettante possa pentirsi e ritirare la propria firma (6).

Ciò è esorbitante, ma convien fare alcune distinzioni. O l'accettazione scritta in un momento di distrazione non si è mai manifestata al trattario, e a quelli che vi hanno interesse, e si trovi cancellata per volontà dello stesso trattario, sarà ben difficile provare che il pen-

(1) PARDESSUS, num. 360; MERLIN, *Répert.*, v° *Provision*; BRAVARD, *Traité du droit commercial*, v. III, pag. 230 e seg., in generale la giurisprudenza.

(2) Il che mostra vieppiù la stranezza del sistema riprovato al numero precedente nel quale si vorrebbe a sorprendere il trattario in domicilio alieno, ove non ha i suoi libri, i suoi registri da consultare, ecc.

(3) In altri costumi d'Europa è ammessa l'accettazione tacita. In Prussia (Code général, art. 995): in Inghilterra.

(4) *Contrat de change*, num. 46.

(5) Se il trattario si fosse tenuto sospeso fra le voci che correvano sulla imminente decozione del traente per appurarle, non potrebb'accusarsi di manovre dolose; meglio era però, e più onesto, rifiutarsi all'accettazione, spiegando chiaramente al presentatore il motivo; o, d'intesa con lui, prendendo tempo.

(6) In realtà decisioni furono pronunciate in questo senso (Corte di Liege, 26 marzo 1811; di Lione, 9 agosto 1818, *Journal du Palais*, 1818, II, 457).

Digitized by Google

timento è nato in lui dopo le ore ventiquattro. Egli dirà: questa è la prova del mio rifiuto. Sono passati otto, quindici giorni; ebbene, non avendo voi insistito per la restituzione, vi avverto che la carta stava a vostra disposizione dopo il termine legale nel modo stesso che ora la vedete.

O l'accettazione già scritta, indi cancellata, aveva avuto, diremo così, un principio d'esecuzione, la cosa è diversa. Vi è stato avviso, p. e., dell'accettante al traente o al portatore; fosse anche il momento dopo, nel termine di facoltà, con una lettera, con un telegrafo inviato ai corrispondenti: venuto il fatto insomma a cognizione degl'interessati con qualche riscontro proveniente da lui, non è più lecito il pentimento (1). È indifferente ch'egli sia ancora in possesso della lettera; è un possesso per altrui conto e come deposito.

Ne segue che la consegna non è mai il criterio onde possa dedursi che sino a quell'istante il trattario si mantenesse nella facoltà di ritrattare l'accettazione.

SEZIONE IV.

Dell'accettazione per intervento.

Articolo 213.

Nel caso di protesto per mancanza di accettazione, la lettera di cambio può essere accettata da un terzo che intervenga per il traente o per uno dei giranti.

L'intervento è menzionato nell'atto di protesto ed è sottoscritto dal terzo.

Articolo 214.

Il terzo deve notificare senza dilazione il suo intervento a quello per cui è intervenuto.

Articolo 215.

Il possessore della lettera di cambio conserva i suoi diritti contro il traente ed i giranti per la mancata accettazione del trattario, non ostante l'accettazione per intervento.

795. *Carattere della intervenzione spontanea. Necessità del protesto.*

796. *Al terzo interveniente spetta di notificare senza indugio il protesto alla persona da lui garantita.*

Come non abbiansi ad esagerare le conseguenze del ritardo della notificazione.

797. *Possono accettare per onor di firma tutti coloro che non sono entrati nella obbligazione cambiaria, comunque invitati o interessati.*

Il trattario dopo il rifiuto; il bisognatario; il portatore stesso della lettera di cambio.

798. *Effetti giuridici dell'accettazione per onor di firma.*

Azioni d'indennità competenti all'intervenuto appresso il pagamento. In qual forma possono estendersi contro il traente ed i giranti.

Integrità dei diritti del possessore della lettera di cambio contro i suddetti. Limitazioni.

(1) La massima si trova stabilita in una decisione della Corte suprema di Francia del 29 aprile 1837 (*Journal du Palais*, 1, 508) che approvò i conformi principii della Corte di Montpellier del 29 luglio 1836, e forse in altre ancora; del resto è massima incontestabile.

Digitized by Google

799. *L'accettante per onor di firma non è che un avallante; non ha obblighi maggiori del garantito; e se il creditore insoluto non esercita regolarmente il ricorso, decade dalle sue azioni eziandio contro di lui, se e come la legge dichiari rispetto al garante del pagamento cambiario.*

800. *Della offerta e concorso di più accettanti onorari: regole per determinarne la prelazione.*

---

795. È un triste giorno pel commerciante quello in cui è rifiutata una sua lettera di cambio; riceve una scossa il credito vacillante, un'onta il credito senza macchia: chi interviene *per onor di firma*, rileva il primo, vendica il secondo: fa un ufficio d'amicizia al quale si è sempre sensibili, ancorchè l'amico non perda di vista la provvigione talvolta annessavi (1). Il possessore della lettera di cambio non accettando egli stesso (ciò vedremo più avanti), non può fare lo schifo e ricusare la intervenzione (2); mancherebbe d'interesse, laddove il traente ha tutto l'interesse che altri venga in sussidio a sostenere la sua promessa. Il terzo non trae veramente delle sue relazioni giuridiche il diritto d'intervenire negli affari altrui (3); ma è uno dei più nobili istituti della civiltà che si possa agli altri giovare eziandio per impulso spontaneo, e non costretti da veruna legge nè giuridica nè morale. Quindi la classe benefica *dei gestori di negozi* che profittano agli altri, e in tanto hanno la protezione del diritto in quanto si resero utili.

Anche il Codice civile ammette l'intervento del terzo a pagare l'altrui debito (art. 1251). Ma poichè fuori del commercio vi è nel generale meno interesse di aprire il varco ad intervenzioni officiose, la legge si mostra in certo modo guardinga nelle sue concessioni; ed è più favorevole a coloro che sono mossi da particolare interesse a pagare il debito (4). In ordine al commercio, e in materia cambiaria specialmente, la intervenzione officiosa è di una utilità evidente, pubblica, generale. Pertanto il possessore della lettera di cambio non può rigettarla, non già in vista dell'interesse del nuovo accettante che supponiamo non averne, ma in vista dell'interesse degli obbligati nella operazione cambiaria che non possono nè debbono esser privati di questo vantaggio o benefizio che sia (5).

L'intervenzione spontanea susseguе al rifiuto del trattario: non n'è il surrogato. Avvenimento fuori delle previsioni e dei concerti delle parti contraenti, da esse non calcolato, si crede possa avere una vera importanza, ma potrebbe non averne. Uomini di buona volontà e di pochi mezzi si espongono talvolta per onore dell'amico: è un di più, un grazioso accessorio che bisogna per un momento considerar come tale. I rapporti della negoziazione *in genere suo* rimangono fermi e costanti; lo sviluppo che loro pertiene non viene interrotto. Quindi il *protesto* precede il fatto della intervenzione che si registra nell'atto stesso del protesto senza disobbligare alcuno di coloro che sono in forza del contratto tenuti a guarentire il pagamento finale.

Il protesto mantiene la sua virtù di atto cautatorio di tutti i diritti. In ordine al trattario è la dimostrazione del suo rifiuto; rispetto al possessore della lettera di cambio, è la prova delle diligenze praticate e la conservazione delle sue azioni verso i coobbligati. Per ciò

---

(1) Semprechè vi sia annessa. Ciò dipende dagli usi dei paesi. Sarebbe un obbligo del trattario di cedere parte della provvisione o salario (FRANCK; PHOONSEN, chap. XII, § 16).

(2) Lo Statuto di Genova, lib. IV, cap. XIV, lo dichiarava espressamente; simile ordinamento poteva ricavarsi dalle Costituzioni del Piemonte, c. III, tit. XVI, lib. II; più ordinanze d'Europa l'ammettevano. È implicito nel Codice di commercio, e ritenuto nell'uso generale.

(3) *Terzo*, da questo appunto ch'egli non opera in conseguenza delle relazioni giuridiche esistenti fra lui e gli interessati.

(4) In civile lo stesso attributo di *terzo* varia alquanto di significato; qui terzo non è colui che interviene nella obbligazione senza un fomite qualunque di relazione giuridica preesistente, come suole in commercio; ma chiunque non è *il debitore*, benchè abbia per fine di giovare alla propria posizione col pagare il debito. Cessa per quest'ultimo la qualificazione di gestor di negozi; egli fa gli affari propri.

Che la legge sia più favorevole ai secondi lo dimostrano le disposizioni dell'articolo 1253, che a costoro accordano *la surrogazione di diritto*.

Una intervenzione disinteressata e nondimeno giuridica è per lo meno un'anomalia nella legge civile; argomento di più a provare di quanto spazio si dividano gl'istituti commerciali dai civili.

(5) « Dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest; aut si quis non exegerit quod exigere potest » (parlando del mandatario la Legge 44 Dig. mandati), e così diremo del creditore che ha dei rilevatari.

Digitized by Google

che spetta al terzo che interviene, due ragioni giustificano il protesto. Quella di fare in atto autentico e valido per tutte le parti le dichiarazioni opportune a manifestare l'animo proprio e le condizioni colle quali accetta (1); e l'altra di far entrare questo terzo nel diritto comune, per così dire, della convenzione a parteciparvi per tutte le conseguenze della sua indennità (2).

L'accettazione del trattario e l'intervento del terzo per l'accettazione, sono fatti incompatibili, anzi contraddittorii. L'uno esclude l'altro. Il protesto segna questa linea di demarcazione e divide gli avvenimenti. Vedremo più avanti che lo stesso trattario che non accettò per motivi che sarà a dichiarare al pubblico ufficiale, può assumere questo modo di accettazione. Tanto più gli è necessario esprimere nell'atto di protesto ciò che non gli era permesso nella formola compendiosa di una accettazione sulla carta cambiaria.

796. L'intervenienza suole operare a favore di *una persona determinata* (articolo 214 del nostro Codice (3), la quale deve conoscere immediatamente la nuova posizione che gli è fatta dall'intervento del terzo. L'art. 214 prescrive la notificazione facendone carico allo stesso interveniente. Il garantito che non sa di esserlo, invia la provvista al trattario, del quale pure ignora il rifiuto; costui fallisce o è già fallito, e i valori speditigli s'inabissano nel suo fallimento. Numerosi inconvenienti determinarono la disposizione dell'articolo 127 del Codice francese, che noi abbiamo adottata. La notificazione dello stesso protesto per parte del possessore della lettera di cambio potrebbe supplire, ma non è sempre sicura. Il garantito ha ben dei motivi anche personali per non esser lasciato lungamente nella ignoranza della intervenzione. È sempre pei corrispondenti che si accetta, e questi sino da quel punto possono dirigere le loro mosse a regolare la nuova posizione che viene a crearsi nel loro commercio.

Il tempo — *quantum citius fieri potest.* — Formola famigliare alla legge commerciale quando si tratta non di erigere propriamente sul tempo un determinato rapporto di diritto, ma di far ragione delle diligenze (4). È cómpito dei giudici investigare se una tardanza qualunque imputabile sia stata causa di un danno al garantito, e quale abbia a dirsi tardanza imputabile.

Si va sino ad affermare che una perdita considerevole, derivante da soverchio indugio, espone l'interveniente alla decadenza da ogni diritto di ricorso verso le persone che sono naturalmente garanti della sua accettazione (5).

C'é qualcosa di veramente grave ed aspro in tutto questo. Alzando un poco più la mano a percuotere quei buoni uomini che si offrono di pagare un debito altrui pel filantropico motivo di onorare un nome, si arrischia di sperdere l'istituto, e diradare assai gli esempi generosi. Certamente la legge per quelle severe parole — *deve notificare senza dilazione* — attacca una sanzione alla inosservanza: bisogna convenirne. Ma almeno la teoria vada cauta, non ecceda nelle sue punizioni, infine non si permetta di aggiunger alla legge. Che l'interveniente debba restare solo col debito in mal punto indossato, senza ricorso, senza ristoro, per avere meno esattamente adempito a qualche formalità, e così diminuiti gli utili effetti del suo intervento, io non so capacitarmene. È mestieri tener conto non tanto di ciò che è avvenuto, quanto dello stato in cui si sarebbero trovate le cose, se l'intervento non fosse stato prestato. Si è detto, nella specie posta superiormente in ipotesi, che il ritardo della notificazione può portare a questo, che il traente, un girante qualunque, inconsapevole del rifiuto del trattario e dello intervento del terzo, gli abbia nel frattanto spediti dei valori per formare o compiere la provvista; che il trattario fallisca, con tutto quel che segue. Ammetto che quel traente o girante avrebbe evitata la infausta spedizione se conosciuto avesse che altri aveva accettato per onor di firma, ma senza l'atto spontaneo del terzo non sarebbe forse stato afflitto dallo stesso risultato? Non è propriamente per causa di un fatto illegale del terzo ch'egli ha sofferta tal perdita; ma prima pel fatto suo proprio, non avendo provveduto in tempo il trattario, indi per mancamento del trattario medesimo. Senza

(1) Nel seguito del discorso ne faremo chiara la idea.

(2) Altri l'appellò acutamente *duplex protestatio*, Franch, *Institut. juris cambii*, lib. I, sect. IV, tit. III, § 18.

(3) Mancando la dichiarazione espressa che s'interviene per uno o per altro degli obbligati, s'intende nell'interesse di tutti i segnatari (Alauzet, nº 847; Pardessus, num. 384). Ne vedremo le conseguenze.

(4) Che sono fatti impeditivi della decadenza da certi diritti.

(5) « Si, par exemple, elle est de toute la provi« sion faite au tiré qui a refusé d'accepter » (Persil, all'articolo 127; Vincens, lib. VIII, chap. VI, num. 47).

Digitized by Google

dubbio *la intervenzione del terzo è tornata meno utile* per lo sciagurato incidente che noi figuriamo: non fu però inutile se guardi all'effetto morale che infine è la ragione diretta e principale di questa nobile fra le istituzioni commerciali. Bisogna conceder qualche cosa a chi s'impone un tale sacrificio. Ciò stimai dovere osservare perchè mi parve spingersi i principii nello esagerato, nell'ingiusto, nel vago, onde si lasci piuttosto all'esame dei fatti concreti il mostrare di quali danni diretti e certi sia tenuto il terzo interveniente che ha ritardata la notificazione.

797. *Delle persone che possono accettare per onor di firma.*

Non è concesso ai segnatari della lettera di cambio, al traente, ai giranti. Non si garantisce con un nuovo e distinto atto che ha un carattere sostanziale suo proprio, ciò che si è già obbligati a dare. Pleonasmo legale, senz'esempio; duplicità nella identità, vale a dire l'assurdo.

Che diremo del trattario che ha già respinta da sè l'accettazione, e ricomparisce dopo il protesto ad accettare per onor di firma?

NOUGUIER ha detto, senza discutere, che sebbene il trattario sia estraneo al titolo, non è però ammesso a riassumere ed eseguire il mandato che ha lasciato inadempito (numero 377).

Questa opinione di NOUGUIER (1) non è buona essendo contraddetta dagli usi commerciali; e difatti non è ricevuta dalla maggioranza degli scrittori.

SCHIÈRE (2) non dissimula che la lettera degli art. 126 e 158 del Codice di commercio (3) non pare accomodabile al trattario, poi soggiunge: « Il nous semble cependant qu'il ne « faut pas l'entendre ainsi; car si le tiré n'ac« cepte pas librement, il peut, ainsi qu'il est « généralement d'usage, offrir son acceptation « par intervention *en qualité de tierce personne*, « même pour l'honneur de la signature du « tireur (4). Ce cas peut avoir lieu si par « exemple la traite forme le montant d'une « facture sur laquelle le tiré n'est pas d'ac« cord. Il peut alors réfuter son acceptation « sous ce rapport, mais accepter sous proteste « par intervention, pour l'honneur de la signa« ture du tireur, la somme portée à la lettre de « change. En protégeant ainsi la signature du « tireur, le tiré met en même temps ses pro« pres intérêts à couvert ».

Suole anche accettarsi per via d'intervenzione tratte stilate *all'ordine e per conto di un terzo.* Il trattario che non conosce quel terzo al cui ordine è rilasciata la cambiale, talvolta indotto da raccomandazione fattagli *al bisogno*, si risolve per quella maniera di accettazione molto cautelata, dimostrando che solo pel traente, per sua contemplazione e fiducia, egli si presta ad accettare, e la migliore sua guarentigia è nel disposto dell'art. 201, che gli assicura la responsabilità dello stesso traente. Ne segue che più facilmente il trattario accetta facendo nella sua corrispondenza intendere al rimettente che per onorarlo ha accettata la tratta (5).

BÉDARRIDE generalizza la concessione, senza uscire dai termini del vero. Tutti, egli dice, possono offrire i loro servigi a corrispondenti ed amici; niuno quindi viene privato della facoltà d'intervento per onor di firma. Terzi sono tutti quelli *che per la natura delle cose non possono divenire accettanti:* il che è molto ben detto (articolo 248).

Sono adunque in questa categoria il *trattario*, il bisognatario, il portatore medesimo.

In generale *accettano sempre per onor di firma* i terzi, propriamente tali, quelli cioè che *non ebbero mandato di accettare*, come il trattario che, accetti o no, riveste qualità di mandatario del traente. Quindi, rapporto *al traente d'ordine*, ossia al terzo per ordine del quale è tratta la cambiale, il trattario non si considera mandatario perchè il mandato non lo ha ricevuto da lui: nondimeno egli può accettare liberamente, come si disse, e perchè il solo incaricato all'accettazione, e perchè per legge tanto il dator d'ordine che il traente per conto, sono solidali verso di lui (6).

Il *bisognatario* è mandatario egli pure del

(1) Che è quella espressa da PERSIL nel commento all'articolo 126.

(2) *Traité téorique et pratique des lettres de change*, XVII, § 194.

(3) Ai quali si conformano i nostri 213 e 244.

(4) In sostanza accetta sempre per onor di firma chi non ha ricevuta la provvista e non è debitore.

(5) In questa sentenza LOCRÉ all'articolo 126, num. 2; DALLOZ, vol. XII, pag. 262, num. 26; ALAUZET, num. 847. — RIVIÈRE, pag. 318 al detto articolo 126. Contrario PARDESSUS, num. 348.

(6) Per chiarimento.

I terzi non accettano che per intervenzione: non possono far altrimenti nella loro qualità di terzi.

Il mandatario del traente, o trattario designato: 1° può non accettare; 2° può accettare eseguendo il mandato; 3° può accettare, non eseguendo il mandato, ma per onor di firma, assumendo veste di terzo e sotto protesto.

Digitized by Google

traente, incaricato di una missione subalterna. Egli può ascendere, mediante l'intervenzione, al grado di principale obbligato.

Il portatore della lettera di cambio, il creditore, può bene assumere di pagare se stesso a discarico di qualcuno dei suoi corrispondenti obbligatari, come può ad esso prestare i fondi propri per estinguer la tratta (BÉDARRIDE, num. 253). Quindi fatto il protesto nel medesimo atto, dichiarare ch'egli accetta di pagare a se stesso per onore della firma del sig. *A.* o del sig. *B.*, conservando le sue azioni verso chi di diritto (1).

798. L'accettante per onor di firma acquista coll'atto stesso, e per virtù di legge senza altra stipulazione o riserva, l'azione d'indennità verso il traente, esperibile tosto ch'egli avrà soddisfatta la lettera di cambio: evento probabile (2). Prima di questo evento l'accettante per onor di firma non ha relazione giuridica di attualità verso il traente, come non ha azioni il gestor di negozi che non ha fatto che prendersi la briga di un affare non suo, e non mostra ancora di aver agito utilmente. Se l'onorante non vi facesse che il regalo chimerico di una promessa che non ha intenzione di mantenere, e per volontà o per disgrazia non facesse poi onore a se stesso pagando il dì della scadenza, diritti non ne avrebbe, nè avrebbe acquistata azione di sorta, ma danni e guai a se stesso. Non può dunque dire al traente: vedete, caro amico, io ho accettato, fatemi dunque la provvista onde io possa pagare. Fors'anche il traente l'aveva fatta al trattario che si schermì dall'accettazione, nè sarebbe tenuto a ripeterla.

L'accettante per onor di firma col fatto mero dell'accettazione non estende le sue relazioni di diritto verso i giranti; non li lega a sè quali corresponsabili insieme al traente per le future indennità qualora toccasse a lui di estinguere la tratta. Egli coll'atto semplice dell'accettazione non fa che aggiungersi alla obbligazione del traente, contro il quale soltanto avrà ricorso dopo il pagamento. Se vuole di più l'accettante per onor di firma, dee dichiararlo (3); esprimere chiaramente ch'egli accetta per onor di firma *dell'ultimo girante*. Nella spontaneità del suo operare egli può scegliere a dir così la posizione. Sotto codeste salutari dichiarazioni e riserve egli appunta il suo ricorso che appresso il pagamento comincia sempre da colui per onore e in contemplazione del quale si accetta, e da questo punto risale ai precedenti obbligati (4) (art. 245).

Suolsi adunque, ed è stile ordinario del protesto (specialmente se illuminati notai, anzichè uscieri, ne siano i redattori) inserirvi la dichiarazione che il terzo, accettando, intende di essere surrogato nelle ragioni del portatore della lettera di cambio, con animo di rivalersi, quando che sia, contro tutti gli obbligati (5).

E in qual punto si trova il possessore della lettera in faccia a questa fase dell'operazione cambiaria?

Lo fa aperto l'articolo 215, che basta rivedere. Chi siete voi, dice il creditore? Un uomo che vuol giovarmi, rafforzando del vostro credito le mie vacillanti guarentigie? Se così è, voi non dovete privarmi di quelle che già posseggo; vi saluto come un alleato che mi potrà esser utile, un alleato gratuito per quanto mi riguarda. Ma che è dunque codesta intervenzione per onor di firma? Una vanità, dissero alcuni: il creditore può non arrestarsi innanzi a questo fatto; egli può gettarsi addosso ai suoi garanti, forzarli alla cauzione, o stringerli al pagamento (6). LOCRÉ debolmente ri-

(1) Mi riserbo di spiegarlo più avanti, indicando opinioni di uomini dottissimi sulla preferenza che allo stesso portatore della lettera di cambio sarebbe dovuta in confronto di altri.

(2) Non certo, poichè l'antico trattario potrebbe anche fare il pagamento alla scadenza, di che sarà discorso in più luoghi.

(3) « Ainsi, diceva a questo proposito DELAPORTE « che scriveva sotto l'Ordinanza, il n'est pas tou- « jours vrai que celui qui aquitte une lettre de « change sour protêt, demeure subrogé en tous « les droits du porteur, et l'article 3 du titre v de « l'édit du 1673, ne peut avoir lieu, que quand on « paye pour l'honneur de dernier endosseur..... » (*Science des négociants*, § 3, num. 12).

(4) Osserva giustamente il suddetto DELAPORTE che se tre fossero i giranti, chi accetta per l'onore *del secondo*, non potrebbe reagire se non contro di lui e quello che lo precede.

Se fallisse il trattario prima di aver pagata la cambiale accettata, chiunque può pagarla per onor di firma di taluno degli interessati. L'accettante subentra pure in questo caso in tutti i diritti del portatore anche contro il patrimonio del fallito (BALDASSERONI, part. II, articolo 36).

(5) Conforme a questi principii vedasi l'art. 245, che tratta degli effetti del pagamento, che può anche non esser preceduto dall'accettazione.

(6) VINCENS, non vedendo il fatto che dal lato materiale, non sollevandosi a ciò che vi ha di nobile in simile concorso disinteressato di un commerciante a favore di un altro, deplora nell'interveniente una vittima della sua bonarietà, che non ha niente da guadagnare e tutto da perdere in questo affare (lib. VIII, chap. VI, num. 19).

Digitized by Google

spondendo alla critica, diceva che se effetto legale propriamente non produce l'intervenzione spontanea, è da sperarsene però un effetto morale (1). Che cioè il creditore, contento del nome che gli si presenta ad assicurarlo, voglia desistere dalle sue persecuzioni verso il traente e i giranti.

È piuttosto da adottarsi un pensiero di Nouguier, che io procurerò di metter in rilievo. « Si l'intervention n'arrête pas en droit les « poursuites du porteur, *en fait elle les pré- « vient*. Le porteur qui trouve un obligé sol- « vable; qui sans poursuites obtient une sû- « reté aussi grande que celle que lui eût « donnée une caution, n'aura plus d'intérêt à « des procédures coûteuses, et s'abstiendra « d'exercer un recours devenu sans objet » (nº 380).

Io vado più avanti, se pure non è questo il concetto dell'autore, e dico *che sarà obbligato a fermarsi*. L'intervento non gli verrà già imposto come tale, ma supponendo noi una persona d'incontestata solidità che presta in questo modo cauzione solidale del pagamento, tale cauzione potrà tener luogo di quella che il creditore ha diritto di chiedere ai suoi cedenti. Vi è tanta equità in un simile giudizio che io non dubito sarebbe approvato dal senno dei magistrati, quantunque non mi si presenti alla memoria qualche pratico esempio (2).

Aggiungo un'altra osservazione limitativa dell'azione del portatore verso il traente e i cedenti agli effetti dell'articolo 207, ed è, qualora accettante per onor di firma, si porga lo stesso trattario che non volle obbligarsi d'altra maniera (*V.* il numero precedente). Qualunque siano le suscettibilità del trattario e le ragioni che può avere avuto di procedere in questo modo particolare per averne migliori garanzie verso il traente, egli è pur sempre la persona proposta, designata, riconosciuta dal creditore; il pagatore insomma della lettera di cambio, e niente si muta nelle condizioni del creditore medesimo (3).

799. Ciò che vi ha di più diverso nella natura di una accettazione comune e quella che si emette per onor di firma, si rivela nella durata delle rispettive obbligazioni, nella pienezza degli effetti. Per la regola generale l'accettante è il debitore perpetuo della lettera di cambio verso i giranti e i giratari che nell'accettazione hanno la prova provata della causa corrispettiva in cui è stabilito l'obbligo suo. Il possessore della lettera di cambio, scaduto da tutte le sue garanzie, *conserva* sino alla prescrizione l'*azione verso il trattario* (articolo 256). Non è così rapporto all'accettante *per onor di firma*. La differenza è intima ed essenziale. Il primo lungi dall'essere il mallevadore del debito altrui, è il debitore. Il secondo è un mallevadore, un cauzionario, che non ha ricevuto corrispettivo; fra i commercianti, un filantropo. Si è chiamato a ragione, nel linguaggio tecnico, *un prestator di avallo*. Egli ha le obbligazioni nè più nè meno di colui pel quale lo ha prestato (4).

Quindi è degno di ricordanza ai possessori delle lettere di cambio, ch'essi non esercitando regolarmente le loro azioni di ricorso dopo la scadenza che li lascia insoluti, vedranno svanire colle altre guarentigie anche quella del debitore aggiunto; il che riduce alle sue vere proporzioni il significato dell'*accettazione per onor di firma* (5).

Ma vediamo più oltre. Si accetta *per onor di firma del traente:* e sappiamo che il traente rimane nell'obbligazione ove non provi di aver fatta la provvista (articoli 203 e 256). Sotto questo aspetto almeno l'accettante per onor di firma non sarà tenuto alle stesse obbligazioni del traente?

Io credo bene che debba esser così. Ne persuade la natura della fideiussione (qui essenzialmente solidale) e l'articolo 1898 del Codice civile. Se l'accettante per onor di firma non ha ricevuto la provvista, il corrispettivo cioè della obbligazione assuntasi (6), non è perciò esonerato dal comprovare nell'interesse del suo garantito (il traente), e nel proprio, che la provvista è stata eseguita al trattario, anche nel senso semplicemente ch'egli fosse debitore del traente al tempo del suo rifiuto, o lo divenisse di poi avanti la scadenza. Molto dunque importa anche per questo riflesso che l'accet-

(1) Sull'articolo 128. Similmente Dageville sullo stesso articolo; Delvincourt, tom. I, tit. VII, ch. IV.

(2) Valga l'autorità di Pardessus molto puntuale: « Celui qui serait assigné pour donner une caution « ou rembourser, *pourrait éviter l'effet de cette de- « mande, en justifiant que la personne qui a accepté « pour lui, ou pour un signataire qui lui doit garantie « à la solvibilité suffisante pour être caution en ma- « tière commerciale* » (num. 587).

(3) Rivière, all'articolo 126, pag. 518.

(4) Vincens, lib. VIII, chap. VI, num. 20; Persil, commento all'articolo 128, n. 3; Nouguier, n. 381.

(5) Cioè il possessore della lettera di cambio che non ha adempito alle prescrizioni degli articoli 254 e 255 decade anche dall'azione verso l'accettante per onor di firma.

(6) Se ricevuta l'avesse, non avrebbe obblighi minori dell'accettante ordinario.

Digitized by Google

tante per onor di firma dichiari *per quali persone* assume l'obbligo di pagare la tratta.

800. Non saprei se sia per formarsi la folla sul raccogliere gli onori dell'accettazione caduta dalle mani del trattario diretto, come si fa intorno ad un *buffet* nella sala di festa; ma i casi si sono visti, onde convien discorrerne rapidamente.

Fra i concorrenti a quest'onore ha il primo luogo chi libera più persone ad un tratto, ossia chi ne ricopre col manto della sua tutela un maggior numero (1). È quindi preferito colui che si propone di accettare per onorare la firma di quello per conto del quale esiste la tratta, o del traente sul quale piombano tutte le risponsabilità sfuggite ai successivi obbligatari o designati nella cambiale.

Dopo questo si accoglie chi si offre pel primo girante (2), è così di grado in grado.

Corre una regola attinta dai principii dell'interesse contrattuale per la quale fra due persone che fanno pressa per onorare una firma abbia la preferenza quella che può contrapporre una commissione, un mandato all'altro che agisce di moto spontaneo quale gestor di negozi. Nella più semplice e vera espressione è lo stesso interessato che colla voce del commissionato o del mandatario dice alla turba: fate largo a me che sono il padrone de' miei diritti; lasciate che io liberi me stesso. Vero è che il traente come traente, nè il girante come girante, sarebbe ammesso alla garanzia di se medesimo (3), ma qui l'opera sua comincia e termina nel mandato, ed è un terzo, un estraneo alla cambiale, che lo eseguisce accettando per onor di firma. Nulla di più usato in commercio. Sogliono le case cospicue tenere certe sentinelle avanzate nelle piazze ove fanno molto commercio, pronte a levare le cambiali che portano la rispettabile loro firma: corrispondenti che hanno un incarico generale di far onore a qualunque loro tratta che capitasse su quella piazza e corresse pericolo di rimanere in sofferenza per qualche fallo dei designatari. Della categoria degli incaricati speciali sono i bisognatari nominati nella stessa lettera di cambio: questi hanno la preferenza sui mandatari generali, come i mandatari generali sui semplici gestori che si offrono con più o meno disinteresse ad onorare una firma.

Fra il trattario e il possessore della lettera di cambio era invalso doversi il secondo preferire (4).

L'antica dottrina cambiaria ne dava per ragione di vedersi in tal guisa meglio adempita la mente del dator della lettera di cambio, motore e mandante di tutta la operazione, onde maggior perfezione ne viene al contratto. Si credeva che rimettente o creditore della lettera di cambio derivasse in certa guisa *a latere* del datore o traente, ed a lui più che ad altri dovesse star a cuore di far riuscir a bene e ad onore la rimessa. Dall'altro canto il trattario che, ricusandosi dall'accettare liberamente, vorrebbe piuttosto farlo con clausole diffidenti o poco onorevoli verso il datore della lettera, è posposto in quella gara col portatore stesso della lettera la cui accettazione diventa più decorosa e fa miglior senso nel pubblico commerciale; ed è giusto che se dei vantaggi materiali siano anche connessi a tale accettazione, ricadano a favor suo (5).

Dopo ciò il trattario è preferibile ad ogni altro.

Il trattario è anche ammesso all'onore di pagare la lettera a scadenza (6) malgrado l'accettazione per intervento fatta dal terzo, indennizzandolo però delle spese (7).

La pluralità dei cauzionari o fideiussori (in questo aspetto mirando gli accettanti onorari) è ricevuta se più sono le persone che vogliono distintamente guarentirsi (BÉDARRIDE, n° 234).

(1) Bella espressione del FRANK: *quod si plures diversorum nomine honoraturi concurrant, præfertur qui plures liberaturus est* (*Jur. camb.*, lib. I, sect. IV, tit. III, § 6).

(2) PHOONSEN, chap. XVIII, § 12: « Et celui qui « lui offre de la payer (la lettera di cambio) pour « l'honneur d'un des premiers endosseurs doit être « préféré à celui qui n'offre de la payer que par « un des derniers ».

(3) Vedi il nostro num. 797.

(4) Vedi però il num. 854.

(5) DUPUY, chap. IX, num. 15; SCACCIA, § 2, gl. 5, num. 339; BALDASSERONI, part. II, art. 27; e sottilmente, secondo la finezza di quei ragionatori, STRICKIUS, disput. 18, tom. VII, cap. IV, num. 74, § 18; e TORRE, *De cambio*, disput. 2, quest. 12, num. 12 e seg. Le generali costumanze del commercio hanno fatto plauso a tali principii.

(6) Malgrado la non accettazione, il trattario a scadenza è ricercato del pagamento dal possessore della lettera di cambio che deve esigere un nuovo protesto (articolo 249).

(7) FRANCHIUS, lib. I, sect. IV, tit. III, § 28; HEINECCIUS, *Elem. jur. camb.*, chap. IV, § 34: « Quid « si mercator detrectans initio acceptationem, ve« niente tamen die nihilominus solutionem præ« stat? Respondeo: tunc exactor illam recipere non « tenetur nisi trassatus simul restituat expensas in « protestatione factas ». In certi paesi l'accettante onorario riceve una provvisione.

Digitized by Google

SEZIONE V.

Della scadenza.

Articolo 216.

La lettera di cambio può essere tratta

A vista, ovvero a uno o più giorni, uno o più mesi, uno o più usi di vista;

A uno o più giorni, uno o più mesi, uno o più usi di data;

A giorno fisso o determinato;

In fiera.

Articolo 217.

La lettera di cambio a vista è pagabile alla sua presentazione.

Articolo 218.

La scadenza della lettera di cambio tratta a uno o più giorni, uno o più mesi, uno o più usi di vista, è fissata dalla data dell'accettazione o da quella del protesto in mancanza di accettazione.

L'uso è di trenta giorni. I mesi sono computati secondo il calendario gregoriano.

Articolo 219.

La lettera di cambio pagabile in fiera scade alla vigilia del giorno stabilito come ultimo della fiera, o nel giorno della fiera se essa non dura che un giorno.

Articolo 220.

Se la lettera di cambio scade in giorno festivo, è pagabile il giorno precedente.

801. *Uno o più giorni, uno o più mesi di data — o di vista.*
Metodi per calcolare le scadenze mensuali.
802. *Il giorno della data o dell'accettazione non è computato nel termine.*

801. La lettera di cambio *a vista* fa veramente l'ufficio di moneta, e non è preceduta dall'atto di accettazione: la sua accettazione è il pagamento.

Uno o più giorni, uno o più mesi, più usi di data o di vista.

Sono formole contentive di un termine e di un termine che ha un diverso punto di partenza.

L'*uso è di trenta giorni* (1). Il Codice italiano attesta per l'Italia e, se fa bisogno, ordina che sia di trenta giorni.

(1) *Uso*, *usanza*, *costume*, variabili secondo i paesi. I modi sono diversi, e lo erano di più quando ogni città era nazione e faceva usi da sè. E RICARD, sin dal suo tempo: « Le quatrième temps est celui « qu'on appelle *uso* ou *usance* (che i francesi di- « chiarano di aver tolto dagl'italiani), qui signifie « un certain terme limité auquel l'on a accoutumé « de payer les lettres de change dans les lieux ou « elles sont envoyées, ou bien usage et coutume, « ainsi, à cet égard, il faut se régler selon l'usage « et le coutume des lieux ».

La *data* è quella naturale della tratta. A quindici giorni *data*. Se la data è del 1° luglio, il pagamento si farà il 16.

Non vi è incertezza nel contare dalla data finchè la lettera non è scaduta. È ben raro che il termine indicato sia goduto intero dal trattario. Qualche giorno sarà sottratto dalla distanza, dal ritardo della presentazione più o meno inevitabile. Può ridursi alla condizione di una cambiale *pagabile a vista* se poco manchi alla scadenza, o la scadenza sia venuta. Se, per es., la lettera di cambio del 1° luglio è presentata ai 20 del mese. Si paga o si rifiuta; indi il protesto.

I *giorni* gl'intendiamo: i *mesi* ci danno ancora qualche pensiero. Una parola del Codice non saria stata gettata; ma non si è fatto che ripetere anche una volta colla più scrupolosa fedeltà l'articolo 132 del Codice di commercio francese. La questione del termine di scadenza è sempre del maggior interesse (sia la scadenza a data o a vista), regolando la data del protesto e tutte le sue conseguenze.

Cominciamo dall'*uso*. È di trenta giorni (in Italia); qui siamo chiari (1). *Scadenza a due usi* sono giorni sessanta dalla presentazione-vista; calcolo di giorni, e non si complica coll'idea di mesi. Ma è comunissima la formola *a tre o sei mesi data:* allora il dubbio.

I mesi calendati sono più o meno lunghi. Ora varii essendo i casi e le vicende varie, regole statuisce la giurisprudenza, piuttosto seguendo il costume commerciale che per propria ragione.

Se la lettera di cambio, supposta pagabile a mesi tre data, è tratta in un giorno intermediario di un mese qualunque, scade al terzo mese in quel giorno che corrisponde alla tratta. Dal 5 febbraio la scadenza della lettera si verifica nel 5 maggio senza aver riguardo che il mese di febbraio non abbia che giorni ventotto.

Se la lettera di cambio è tratta all'ultimo giorno di un mese col termine di uno o più mesi, allora si distingue. O il mese in cui si verifica la scadenza è più breve (2), essa è appuntata nell'ultimo del mese. Se più lungo, la scadenza è fissata nel giorno rispondente a quello della tratta (3). Il termine si restringe, ma non si aumenta (4).

Finalmente se, non indicandosi il giorno, si usi la espressione data *fine del corrente febbraio* a tre mesi, si va da fin di mese a fin di mese, e la cambiale scade alla fine di maggio (5).

Il Codice di commercio ha fatto poco, io credo, per aiutare codeste conclusioni. Esso si è involto in una formola imbarazzante — *i mesi sono computati secondo il calendario gregoriano.* Per le regole suindicate, che sono altrettanti canoni fissi dell'operare commerciale, l'evoluzione gregoriana non si vede avverata che nell'ultimo caso. La Cassazione francese decise che una lettera di cambio tratta il 28 febbraio in anno non bisestile, a dieci mesi data, era pagabile il 28 dicembre e non il 31, e risponde alla pratica commerciale. Non pare che il calendario gregoriano fosse autorità molto influente in questo caso. E il ROGRON volgendo uno sguardo rapido, com'egli suole, su quella decisione, spiega così. « Il legislatore dicendo che i mesi sono tali quali si trovano determinati nel calendario gregoriano, *aveva solamente inteso* che non si dovesse in questo caso aver alcun riguardo all'ineguaglianza dei mesi compresi nell'intervallo; ma non già che una cambiale non fosse pagabile nel giorno corrispondente a quello nel quale la cambiale era stata tratta » (6). Di qui si comprende che possa essere l'elasticità di un commento!

Ravvicinando cotali risultati a quelli *degli usi* o periodi determinati da trenta a trenta giorni, è facile scorgerne la differenza. Una lettera di cambio del 20 settembre a *tre mesi* data scade il 20 dicembre; *a tre usi di data* scade il 19 di dicembre.

(1) La scadenza di una cambiale si regola col calendario *in uso nel luogo ove dev'esser pagata la cambiale* (Bruxelles, 18 brumaire, an. XI, RABBENO, annotazioni al Codice di commercio).

(2) Data del 31 dicembre — a mesi due — scadenza il 28 o 29 febbraio se l'anno è bisestile.

(3) Data 28 febbraio, a mesi tre. Scadenza al 28 maggio.

(4) È della disciplina rigorosa del commercio che conoscendo il valore del tempo, e quanto importi il non mettere in disagio di un giorno il creditore, sta sul tirato; e ne hai altra prova nell'articolo 220.

(5) ALAUZET, *Comment.*, num. 851, ROGRON e PERSIL, sull'articolo 132; RIVIÈRE, allo stesso articolo, pag. 322; NOUGUIER, num. 104, e in generale gli autori.

(6) All'articolo 132. Traduzione, edizione di Bologna del 1840.

Fatto è che si è realmente stentato a stabilire delle massime positive dietro quell'articolo, che dicea poco e male. HORSON, al suo tempo, assicurava che gli uscieri dei protesti, per ovviare ai pericoli, facevano due protesti: l'uno, per esempio, al 28 dicembre nel caso dato in ipotesi; l'altra al 31 (quest. 80, 81).

Digitized by Google

La scadenza a giorni o mesi *di vista* ha per punto di partenza l'*accettazione;* mancando l'accettazione, la data del protesto (art. 218). Il trattario ne avrà piena conoscenza dal momento che riceverà alla sua residenza la poco gradita visita del notaro o dell'usciere, e nell'atto di protesto ne avrà una memoria che non gli sfuggirà così facilmente.

802. Il giorno della data (*se a tanti giorni o mesi data*) o quello dell'accettazione (*se a tanti giorni o mesi vista*) non è contenuto nel termine.

Prima della codificazione in molte piazze commerciali era di consuetudine contare nel termine il giorno della data o dell'accettazione. Paesi vicini mantenevano l'uso contrario. Fu celebre a' suoi tempi una causa fra i sigg. Cambiaso, Dufour ed altri, decisa con sentenza del 30 luglio 1765, che consacrò la consuetudine di Livorno di computare il giorno della data, mentre nella prossima Firenze non si computava (1). Quest'ultimo sistema è il solo legale (2); la legislazione commerciale non avrebbe avuto ragione di statuirne uno diverso; ed è il solo ragionevole. Il giorno della data non è un giorno intero, e sarebbe menzognero il dire che il termine a pagare è di otto giorni, computando per un giorno le ore che restano del primo.

La espressione dell'articolo 131 del Codice di commercio francese — l'échéance d'une lettre de change est fixée *par la date* de l'acceptation — fu trovata chiara, e non veggo sollevarsi alcun dubbio; non meno chiara nel linguaggio nostro è l'espressione dell'art. 218 *dalla data*.

È vero che il giorno del pagamento (nella ipotesi l'ottavo), non è giorno pieno pel pagatore; ma si sa che non può esserlo: è il giorno della scadenza. È nella natura delle cose il dover pagare in qualche ora contenuta nello stesso giorno; nel giro del termine; anche qui gli usi indicano in quali ore del giorno si va a battere alla porta dei debitori per riscuotere le cambiali. Il protesto però non si fa che il giorno seguente.

Articolo 221.

Non sono ammesse dilazioni di grazia o di favore, nè di uso o di consuetudine locale per il pagamento delle lettere di cambio.

803. *Osservazioni critiche sull'articolo.*

---

803. Questo articolo è una ben marcata reminiscenza francese, e riassume una storia che non è precisamente la nostra, rispetto alle *dilazioni di favore.*

L'Ordinanza del 1673 dava ai portatori delle lettere dieci giorni per far seguire il protesto in mancanza di pagamento. Questa disposizione aveva l'aspetto di una facoltà e di un *favore* (parola che non ha più significato nel vocabolario giuridico), onde il rinomato commentatore SAVARY potè appellare *di favore* quei giorni « parceque cela ne dépend que de « l'honnêteté des porteurs des lettres; car ils « peuvent faire protester le lendemain de « l'échéance sans attendre dix jours » (3). In relazione a questo concetto dell'ordinanza (che or ora si vedrà essere nativo), cioè di una facoltà al creditore, l'*idea del favore* appariva da due lati. Da quello del debitore mentre se non era sicuro che il creditore gli farebbe grazia di un qualche giorno di dilazione, aveva luogo a sperarlo, o poteva ottenerlo con preghiera, dato che il creditore poteva farlo senza danno proprio. Da quello dello stesso creditore, non angustiato dai termini brevi e rigorosi del protesto. Ma venne Ordine del Re nel 28 novembre 1713, che sotto specie d'interpretare la legge ne fece una nuova, *rendendo obbligatorio per tutte le parti il termine di favore*, ch'era di giorni dieci.

Discutendosi sull'articolo del progetto, che poi divenne l'articolo 135, il commissario BÉ-

(1) Un'altra non meno celebre decisione nella *Florentina recursus* del 30 dicembre 1733 così decideva nella specie di una cambiale a *otto giorni vista*, che ritenne otto giorni franchi, e non esser pagabile che al nono. Da tutte queste celebrità giudiziarie si può argomentare che quelle consuetudini non fossero poi tanto notorie come dovrebbero essere, supponendo lunghe ed acri disputazioni.

(2) Leg. 1 Dig. si quis cautionibus. Glossa in Leg. scire 15, § *Multa*, Dig. de excus. tut., cap. 1, § *Si quis igitur de except.*, in 6°, cap. 12 de appellat. (DONELLO, lib. XV, cap. VIII, § 2).

(3) Tom. I, liv. III, chap. VI.

Digitized by Google

GOUEN ricordava la semplicità dell'Ordinanza, la perentorietà del Decreto Reale, e faceva conoscere che in effetto la scadenza era stata portata molto più oltre della intenzione delle parti che concorsero nel contratto cambiario. Biasimava quell'arbitrio di re, perchè dannoso al commercio che si svolge maestoso e perenne sul perno costante di obbligazioni puntualmente adempite, sicchè nulla arresti la marcia degli affari. Quella espressione termine *di grazia* o *di favore* era *derisoria*, disse qualche altro, e io non voglio ripeter la frase poco rispettosa. Dico solo che ai dotti revisori del Codice di commercio italiano sarebbe convenuto ricordare questo po' di storia, e vedere che la *dilazione di favore* era tal cosa che non ha più significato, se pure tutto l'art. 221 non voglia dirsi d'avanzo.

SEZIONE VI.

Della girata.

Articolo 222.

La proprietà di una lettera di cambio si trasferisce per mezzo della girata.

804. *Dei caratteri intrinseci e propri della girata; come diverga dalla cessione civile, e delle sue giuridiche conseguenze.*

805. *La girata della lettera di cambio trasporta* de jure *nel giratario le garanzie annesse al credito, comprese le ipotecarie.*

806. *Tali garanzie ipotecarie possono concepirsi dirette e inseparabili, o meramente eventuali. Sono eventuali quando l'ipoteca non ha per oggetto immediato l'assicurazione della lettera di cambio, ed è annessa a titoli che non furono che occasione e motivo alla creazione della ipoteca.*

807. *Della girata apparente: prova contraria.*

808. *Della girata posteriore al fallimento del segnatario principale, traente della lettera di cambio, o del biglietto all'ordine: varietà dei suoi effetti giuridici.*

804. La girata di un effetto negoziabile è cessione, ma si distingue dalla cessione civile per la energia del movimento che produce, per la prontezza e per la certezza del risultato, per maggiore abbondanza di effetti giuridici. È una cessione che, oltre la semplicità della sua forma, esprimendosi con poche parole sullo stesso atto cambiario, non ha bisogno di essere perfezionata colla notificazione al debitore (1). Il *trasporto* è assoluto; il debitore (2) non si libera in verun caso pagando al girante; qualunque sequestro o pignoramento che da quell'istante si facesse a carico dello stesso girante, sarebbe inefficace.

Ogni giratario che si accresce al numero aggiunge agli obbligatari il suo girante rispettivo, e così di mano in mano si vengono aumentando le guarentigie del possessore della lettera di cambio. La solidarietà di tutti i precedenti che circonda l'ultimo possessore (articolo 225) è il mirabile magistero della forma cambiaria che accredita in guisa l'effetto commerciale coperto di firme da renderlo circolante colla fiducia stessa della moneta che si può spendere ad ogni bisogno. Quindi ciascun girante dee vegliare affinchè il trattario sia provveduto alla scadenza; ha diritto di accertarsi della posizione del traente verso il trat-

(1) Articolo 1539 del Codice civile.
(2) Qual che sia, traente, accettante o giranti anteriori.

Digitized by Google

tario medesimo non potendo confidare nella negligenza del portatore insoluto, nel qual caso soltanto i giranti non dovrebbero render conto della provvista che non è direttamente l'assunto loro (articolo 254) (1).

Come il giratario sia difeso dalle eccezioni che potrebbero competere nei subalterni rapporti dei coobbligati fra loro, si ebbe occasione frequente di mentovare, e verrà poi l'art. 234 a portar luce su tutto ciò che potesse rimaner ancor dubbio.

Bisogna persuadersi, e a noi preme stabilire questo teorema, che i principii che governano la commercialità partono da un ordine d'idee tutto proprio e corrispondente ad uno scopo più esteso, nel quale si abbracciano viste collettive ed azioni operanti in massa che interessano popoli meglio che individui, e senza essere nè il Diritto pubblico nè il Diritto internazionale, tiene ad un ordine medio fra esso e il Diritto privato.

Chi prenderà questo sistema delle girate e lo porterà vicino a quello delle cessioni civili per farne il confronto, si convincerà che l'uno non modifica nè innova sull'altro, ma amendue stanno da sè, sostanzialmente, e per finalità distinte. Per la legge civile il cedente (salvo patti speciali) non garantisce la solvibilità del debitore, nè quindi la esigibilità; laddove in commercio il cedente risponde per sè e per tutti gli altri, e non soltanto nei limiti del prezzo che ha ricevuto, ma eziandio per tutte le conseguenze del danno provenuto al possessore della lettera di cambio che non è soddisfatto nel giorno preciso. Il girante sostiene le obbligazioni del traente avvegnacchè la girata non sia che un contratto accessorio, e, in linguaggio esatto, il girante non riassuma in sè l'opera del traente, ma gli obblighi (2). Non basta. L'azione dell'ultimo giratario va a colpire persino il traente che non è propriamente nella scala de' suoi autori e si obbligò più presto oggettivamente affinchè la lettera di cambio riuscisse a buon fine, che singolarmente a favore di qualche persona. Sono idee insomma ispirate da relazioni che fanno del giure civile e del commerciale due ramificazioni distinte di un principio superiore che le domina entrambe (3).

Per chiudere questo periodo comparativo non manca che renderci conto di quella dizione — la *proprietà* di una lettera di cambio si trasferisce, ecc., mentre il Codice civile non parla mai della *proprietà del titolo*, ma di vendita o cessione di crediti, di diritti, di azioni e della *proprietà loro* (art. 1538).

Vi è una ragione discretiva all'effetto di distinguer due diversi prodotti giuridici in quanto la girata sia *regolare* o *irregolare*. L'antitesi si manifesta più chiaramente nell'articolo 224.

Altra ragione, intrinseca. La lettera di cambio, come ogni effetto commerciale, come ogni cedola di credito pubblico, come ogni carta monetaria, si sostanzia nel titolo che è l'istrumento materiale della circolazione, e attribuisce prerogative più o meno assolute a chi lo possiede. Così può ben dirsi esser *proprietario* del titolo chi trova in esso la soddisfazione dei più eminenti diritti (4).

805. Al titolo ceduto sono annesse talvolta obbligazioni accessorie della maggiore importanza. Il possessore della lettera di cambio è surrogato *de jure* in tutte le garanzie del credito di qualunque natura. Fra queste le ipotecarie. L'ipoteca che il traente o altro obbligato, o un terzo avesse prestata per garantire il rimborso della cambiale, segue di per sè (senza speciale menzione) il credito principale che veramente non sarebbe quello che è, non accompagnato dalle proprie guarentigie.

Questo fondamento è affidato all'art. 1541 del Codice civile. « La vendita o cessione di

(1) È chiaro che codesti effetti non potrebbero operarsi se il girante non avesse capacità di alienare.

(2) Tutti gli obblighi del traente finchè il possessore non decada per colpa propria (articolo 234).

(3) Resta necessariamente al Codice civile di regolare l'immenso campo delle relazioni naturali, che rappresentano l'operare comune degli uomini laddove il commercio concerne una professione speciale.

(4) L'analisi ha condotto a scoprire gli elementi contenuti nel concetto *girata*: sebbene sfuggano alla pratica, è però curioso il vederli espressi. Scopre adunque il Rivière che la girata, contratto *sui generis*, contiene una *vendita*, perchè la cambiale è una specie di merce che si vende e si compra; una *cessione di diritti*; una *fideiussione*, costituendosi il cedente garante di tutti coloro che lo precedono nella obbligazione.

Il Casaregi chiamò la girata *venditio nominis*, ma però *colla tacita promessa della esigibilità* e con tutte le azioni di regresso (disc. 51, num. 7). Vi è più della tacita promessa della esigibilità, come abbiamo dimostrato. Quel dedur sempre dalle viscere del diritto civile le qualificazioni dei fatti commerciali era consentaneo ad una età in cui le divergenze, per lo sviluppo enorme della commercialità, non apparivano in tutta la loro ampiezza come oggidì dopo uno sviluppo enorme della commercialità. Vi è troppo del subbiettivo e del particolarismo *in quella tacita promessa*; invece è nel carattere proprio di tali obbligazioni commerciali la solidarietà con tutte le sue conseguenze.

Google

« un credito comprende gli accessori del credito stesso, come sarebbero le cauzioni, i « privilegi e le ipoteche » (1). Cedono al credito gli accessori già attuati prima della cessione, o *quelli eziandio che saranno ad attuarsi dopo la cessione?* Anche questi (2). E vediamo il come.

L'ipoteca potrebb'essere stata acquistata e non iscritta. O non essere stata neppure acquistata. Suppongasi che fosse già stata acquistata, mediante un atto di costituzione d'ipoteca contemporaneo alla tratta che si volle con essa guarentire. Il creditore non si diede pena d'iscriverla, e non la iscrisse in effetto che dopo la girata. La iscrizione giova al giratario che può anche farla trasportare nel proprio nome. Tanto più giova al successor singolare (il giratario) in quanto *interest* allo stesso girante, risponsabile del pagamento della lettera di cambio. L'ipoteca stessa potrebbe acquistarsi posteriormente dal girante se, fingiamo, malgrado la cessione, egli esercita le sue azioni dirette contro il traente, prenditore della lettera o dator d'ordine, e per un titolo qualunque ottenga una sentenza produttiva d'ipoteca (3). La garanzia, divisa dal titolo a cui accede, se non ricade al cessionario, non approda a veruno; avrebbe finito di esistere. Il giratario (e dicasi di ogni cessionario) anche ignorante che una tale garanzia, sotto una forma qualunque ipotecaria o fideiussoria, si congiunge al credito, l'acquista nondimeno per tacita volontà del cedente (che avrebbe dovuto pattuire il contrario), e per quella pur tacita e implicita del cessionario di volere il credito colle migliori sue assicurazioni possibili (4).

La costituzione dell'ipoteca risulterà da atti che molto probabilmente non saranno annessi al documento cambiario (5); tuttavia la traslazione, che dicemmo virtuale, non sarà meno effettiva. Il giratario, vero e perfetto cessionario, non avrà che a seguire il prescritto dell'articolo 1994 del Cod. civ. per « far annotare in « margine o in calce dell'iscrizione presa dal suo « autore la cessione ». A questo effetto il possessore della lettera di cambio dovrà presentarla originale onde sia vista dal conservatore e nè consegnerà a lui copia autentica per mano di notaio (articolo 1989).

806. Quali saranno i diritti ipotecari annessi al credito, tali acquisterà il giratario, nè più, nè meno.

La ipoteca può essere addietta al titolo che nel rapporto dei contraenti fu occasione e motivo alla creazione cambiaria; o può essere attaccata immediatamente alla stessa lettera di cambio. In questo secondo caso il girante può avere una garanzia positiva inalterabile. Il dator d'ordine o altro interessato ha dato cauzione ipotecaria, *avente per iscopo di garantire in ogni caso il pagamento della somma — portata dalla lettera di cambio.* La ipoteca invece potrebbe annettersi *ad un titolo in relazione al quale fu creata la lettera di cambio* (e che io appellava occasione o motivo) e diminuirsi o estinguersi del tutto prima del pagamento della tratta.

Questa combinazione non si comprende facilmente senza illustrarla con esempi.

Pietro è debitore verso Paolo suo corrispondente di ragguardevoli somme in conto corrente. Non potendo pagare al momento, offre a Paolo di rilasciargli una tratta di L. 10,000, e più di dargli una ipoteca a garanzia di tutto il debito compresa la tratta. L'oggetto della ipoteca, come si vede, è il credito di conto corrente che abbraccia anche la somma della lettera di cambio, volendo Paolo assicurarsi l'esito definitivo e coprirsi da ogni responsabilità in caso che gli piaccia negoziare la lettera. E la negozia infatti girandola a Giovanni, che subingredisce di diritto nella garanzia ipotecaria. Ma nel frattanto nuovi affari hanno luogo fra Pietro e Paolo; e questi operando adesso con più fortuna, in poco tempo ragguaglia il debito del conto corrente e riesce in credito. Pietro è costretto a cancellare la ipoteca e così privare Giovanni del benefizio;

(1) Leg. 5 e 6, Cod. de action. et obblig.; L. 4, Cod. de procurat. Ceduto il credito *omne jus* inerente al credito è ceduto (Leg. 6 e 23 D. de hæred. vel actione vendita).

(2) « Emptori nominis etiam pignoris persecutio « præstari debet; *ejus quoque quod postea venditor « accepit.* Nam beneficium venditoris prodest em- « ptori » (Leg. emptori 6 Dig. de hæred. vel act. vend.).

(3) Non è incivile l'esercizio di azioni a conservare le quali il girante aveva interesse.

(4) Troplong, *De la vente*, num. 916 e 917; Dalloz, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 431; Duvergier, *De la vente*, t. II, pag. 212; Goujet et Merger, v° *Endossement*, n. 56; Nouguier, n. 431; Merlin, *Répert*, v° *Hypoth.*, § 18; Cassazione francese, 10 agosto 1831 (*Journal du Palais*, pag. 114; 11 novembre 1833 (ivi, pag. 948); 24 febbraio 1838 (ivi, pag. 208); 11 luglio 1839 (ivi, pag. 341); Corte di Colmar, 30 dicembre 1830 (*Journal du Palais*, 1834, tom. II, pag. 229).

(5) Non è però impossibile un atto cambiario in forma pubblica o anche privata contenente quell'apparato che si richiede a costituire una ipoteca (Vedi num. 702).

nè fa perciò ingiuria al suo cessionario, che intanto riteneva quella facoltà in quanto il suo autore continuasse ad avere in conto corrente un credito almeno di lire 10,000. È un caso nel quale la garanzia ipotecaria non si ravvisa indivisibile dal credito, ma è meramente eventuale.

Un altro esempio ancora più frequente, che porta risultato non dissimile.

Quando un banchiere *apre un credito* di una certa estensione, specialmente a proprietari, suol richiedere un'ipoteca; indi, attuando l'esercizio, comincia a rilasciare delle cambiali all'ordine di terzi, secondo il desiderio dell'accreditato (1). Questi terzi potranno anche godere della garanzia ipotecaria accordata al banchiere che ora figura traente o cedente della tratta, ma è un beneficio affatto eventuale. La ipoteca diventa per essi, come dicono, di sott'ordine. Nel supposto che il banchiere fallisse, e l'accreditato possa giustificare di aver pagato ogni suo debito, l'ipoteca sarebbe rimasta estinta, e i portatori non sarebbero che creditori chirografari sul patrimonio del fallito (2).

Questa tesi importante va dunque a risolversi col presidio delle premesse distinzioni, non formalistiche e razionali, onde si confuta senza difficoltà l'obbiezione di Massé, il quale tende a disgiungere dalla lettera di cambio l'eterogeneo se non ripugnante accessorio della ipoteca, per una ragione che potrà essere ripetuta per comodo di causa. « On ne « peut voir dans l'hypothèque attachée comme « appendice à une lettre de change ou à un « billet à ordre *un accessoire de la même na- « ture que le principal*, et dont la transmis- « sion soit la conséquence de la transmission « de l'obligation principal, *quand cette trans- « mission a lieu par une forme spécialement « établie par cette obligation principale* » (*Droit commercial, Journal du Palais*, n° 617) (3).

La ragione di Massé è sofistica e inconcludente. In primo luogo, anche dal lato della forma, nulla trovi di sconveniente, se è vero che una lettera di cambio può esser persino espressa in pubblico rogito (*V.* il n° 702). Poi cosa significa un accessorio della *medesima natura* in fatto di garanzia di un credito? La cautela è sempre fuori del credito, è qualche cosa che si aggiunge al credito per assicurarne l'effetto, è insomma un'obbligazione distinta dal credito che si unisce ad esso per la relazione di fine.

Ma è ancora la forma che tormenta l'illustre autore. La trasmissione della proprietà della cambiale che rapidamente trasvola sulla girata non si combina, pare voglia dire, col trasporto della ipoteca. Qui pure abbiamo date distinzioni soddisfacenti. La causa, notavasi, è intenzionale, l'effetto giuridico virtuale; quanto alla forma con cui l'ipoteca sarà materialmente trasportata sui pubblici registri, qualche regola fu da noi additata; ma ciò appartiene alla esecuzione, e presuppone il trasferimento di diritto (4).

807. La proprietà si trasferisce colla girata, alla condizione che la girata sia vera, che cioè il precedente proprietario vi abbia prestato il suo consenso. Parrebbe cosa da non fermarvi l'attenzione, tanto è vera, ma è possibile esagerare il valore della prova risultante dal documento cambiario; è anche possibile portare le conseguenze del principio oltre i termini di ragione. Ma occorrono poche parole.

Nei rapporti fra cedente e cessionario la girata, estrinsecamente perfetta, è la prova della trasmissione della proprietà, ma non fa *piena fede* come l'atto pubblico: è una prova che può esser vinta da un'altra. La girata può esser fatta a comodo, non esser che apparente, forse estorta dal dolo, strappata dalla violenza; e il fatto potrà stabilirsi con tutti i mezzi di prova ammessi dalla legge.

L'opposizione potrebbe avere un oggetto più moderato; limitarsi a dire che l'apparente cessione ricopriva un pegno, un semplice mandato, al fine di levare eccezioni proprie di codeste posizioni giuridiche, non permesse al girante che ha ricevuto il prezzo (5). Ma come

(1) Vedi num. 559, ed Alauzet, num. 620, ove egli pure dimostra che l'ipoteca in quel contratto, tutto particolare al contratto del *Credito* aperto, « l'hypothèque ne s'applique que au résultat final « de l'opération du crédit ouvert et non à chaque « engagement souscrit par suite de l'ouverture du « crédit ».

(2) Vedi Bédarride, num. 317. È poi manifesto che le garanzie attaccate alla lettera, che non ebbero altro oggetto che di assicurarne il miglior fine, come gli avalli, trapassano, generalmente parlando, nel giratario come accessorio inseparabile.

(3) Dalloz, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, n. 378, sembra parteggiare questa opinione.

(4) A questo luogo dovrebbe trattarsi della costituzione del pegno *mediante girata*. Ma ci prevenne l'articolo 189, che ne dispose con tutta precisione nel titolo del pegno. Basterà rimetterci alle nostre osservazioni intorno a quell'articolo, e specialmente al num. 644.

(5) Ricordiamo che non potrebbe respingersi la prova testimoniale per quanto dispone nella prima parte l'articolo 1341, attesa la riserva che leggesi nella seconda, e giusta il detto da noi a suo luogo

la lettera di cambio sia novellamente girata a terzo di buona fede, allora questo modo di difesa non può sollevarsi contro di lui.

808. Nel tempo che un effetto commerciale all'ordine percorre la sua carriera, il credito che a principio era buono, può diventare inesigibile o poco meno. Accade il fallimento di un soscrittore di biglietto all'ordine. Nel supposto che l'effetto fosse già passato ad un terzo, il trasporto che a questi piacesse di fare posteriormente, si reputa colpito dalla disastrosa influenza di quel fallimento, in quanto il giratario, scoperto il tiro, può farsi rimborsare senz'altro del girante che gli ha ceduto un credito che non esisteva, o almeno non sussisteva in quella estensione e con pari pienezza di risultati (1).

Si distingue però dal caso in cui il fallimento si avvera dopo la girata, quello che si era già avverato innanzi. L'accennata teoria del rimborso immediato, secondo questo sistema, si applica alla specie seconda non alla prima, per l'evidente opposto che in quel caso il creduto ceduto era integro e perfetto.

Dice il Dalloz, sottilmente ragionando (2): non esser disposto a concedere che il fallimento del soscrittore del biglietto all'ordine, o traente della lettera di cambio ne impedisca assolutamente la girata qualora il suo proprietario lo abbia acquistato per regolare cessione *prima del fallimento*.

Io mi associo in parte alla conclusione, e adotto alcuni motivi dall'autore; non so neppure se vi sia una vera divergenza fra le mie e le sue idee, ma forse la esposizione nel Dalloz è meno completa.

Io parto dal punto della buona fede del girante, e allora convengo. Egli ha ceduto un credito reale, un credito esistente, avvegnachè non avesse *più quella medesima estensione e quei medesimi diritti*, secondo la espressione, non invidiabile per esattezza, della Corte di Francia (3). Tale condizione di scadimento del credito non può invero negarsi. Quand'anche tutte le altre firme siano potenti per solidità, è un fatto che quella del fallito è divenuta cenciosa. Che perciò? Se il credito si sostiene e riman forte per altre garanzie che l'accompagnano, con qual fondamento di ragione si vorrebbe colpire di nullità la girata quasi non avvenuta, senza quelle diligenze almeno delle quali ora veniamo a parlare? Bisognerebbe almeno trovarsi in certe particolari condizioni di fatto.

Le diligenze sono l'atto di protesto e le successive e regolari notificazioni, e allora non vi è il menomo dubbio sul diritto di rimborso (4). Ma la teoria sopra memorata prescinde del protesto, anzi predica che del protesto non occorre; ed è ciò che non possiamo ammettere. Dalloz osserva con ragione, che se vi ha un accettante non si può chieder altro. Ma se il trattario non ha voluto accettare, forse conoscendo la nuova posizione del traente, allora potete valervi contro i giranti, ma in seguito del protesto a norma di legge. Ed è solo per questa via giuridica e per relazione a tale sistema che la rivalsa può esercitarsi, e non per la insussistenza dell'atto di cessione.

Ma io ho premessa una riserva: voglio la buona fede del cedente. Aggiungo che le circostanze particolari avranno la più grande, la più legittima influenza nelle decisioni. Perciò dichiaro di non volere nè da una parte nè dall'altra teorie inesorabili. Un girante che avvertito del precipizio imminente del soscrittore, il solo nel quale era fondata la speranza del pagamento, si affretta di cedere la tratta ad un suo corrispondente lontano, solito a fidarsi di lui (forse col proposito di fallire egli stesso più tardi) fa un'azionaccia che non merita la protezione della legge; egli cede sotto la sanzione di quelle che puniscono i dolosi e gl'ingannatori, e può essere costretto immediatamente al rimborso se non presti cauzione.

—

sulle prove in materia commerciale (Alauzet, *Com.*, num. 855, 856; Pardessus, n. 550, 489; Massé, tom. vi, num. 521; Troplong, *Nantissement*, n. 283.

(1) O come si espresse una sezione della Cassazione di Francia della Corte di Pau del 20 luglio 1820: « Que par suite de cette faillite, la créance « n'existait plus au moment du transport avec la « même entendue et les mêmes droits ». V. anche la decisione della Cass. francese del 20 xbre 1821.

(2) *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 414.

(3) Non si tratta di credito più o meno esteso, più o meno fondato nel diritto, ma della maggiore o minore facoltà di realizzarlo.

(4) Nella tesi di fatto in cui s'aggirava la Corte di Pau nella indicata decisione, mancava il protesto, benchè si fosse verificato il rifiuto di pagamento al terzo domicilio del biglietto all'ordine.

Digitized by Google

Articolo 223.

La girata è datata, e deve indicare

Il valore somministrato in moneta, in merci, in conto o in qualunque altro modo;

Il nome e cognome di colui all'ordine del quale è fatta.

Quanto all'indicazione della data o del valore possono bastare le parole — *data* — o *valore come sopra* — o *come retro;* — ma tali parole si riferiscono solamente alla scrittura che immediatamente precede la girata.

Articolo 224.

Se la girata non è conforme alle disposizioni dell'articolo precedente, o è fatta dopo la scadenza della lettera di cambio, essa non trasferisce la proprietà e non è che una procura, salvo ciò che è disposto riguardo al pegno.

809. *Se la girata della lettera di cambio possa farsi per atto separato dalla stessa lettera. Tre diversi sistemi.*

810. *Soluzione dei dubbi anche in confronto della nostra legislazione che se ne passa in silenzio come la francese.*

811. *Se la girata sia revocabile e in qual caso.*

812. *Requisiti della girata.*

Data.

Della relazione scritturale tenuta in conto dall'articolo 223. — *L'imperfezione della girata per omissione di data non viene sanata da posteriori atti aventi data certa, non derivanti dal giratario medesimo.*

Chiunque ha interesse può opporre il difetto della girata, e contraddire il trasferimento della proprietà al giratario.

813. *Valore somministrato. — Valore in conto. — Rinvio alle materie trattate. — Osservazioni ulteriori allo scopo di conoscere se l'effetto commerciale in conto sia soggetto alle conseguenze della liquidazione del conto, specialmente verificandosi il fallimento del soscrittore del biglietto all'ordine o del traente della lettera di cambio.*

814. *Girata parziale.*

815. *Girata per procura.*

816. *Girata irregolare. — Girata dopo la scadenza della lettera di cambio. — Spiegazione dell'articolo* 224.

817. *Il mandatario costretto a soddisfare la lettera di cambio, è surrogato* de jure *nelle azioni del portatore dimesso.*

Riassunto di alcuni canoni della ragion commerciale in subbietto di girate irregolari.

818. *Delle girate all'ordine di titoli non costituiti all'ordine.*

Tali girate ottengono l'effetto della trasmissibilità istantanea; ma la obbligazione non è cambiaria di sua natura, e non ne ha le conseguenze.

819. *Il giratario in confronto del proprio girante può esser ammesso a provare ciò che manca nella girata per renderla regolare; non in confronto di altri interessati, estranei alla stessa girata.*

820. *Girate simulate a comodo.*

821. *Della girata in bianco.*

a) *Restando nello stesso stato non è che una procura;*
b) *Efficace sempre alla circolazione;*
c) *Facoltà di riempire la girata;*
d) *Limiti della facoltà*
— *Prima della scadenza*
— *Non dopo il fallimento del girante;*
e) *Girata regolare dopo più girate rimaste in bianco.*

822. *Della trasmissione manuale.*

Digitized by Google

809. *Se la girata possa farsi per atto separato.*

La moderna dottrina è molto disposta a ritenere che la girata può esser fatta in altra guisa che *sulla stessa lettera di cambio*, ed avere i medesimi effetti giuridici. Gravissime autorità per altro stanno in contrario, e la legge è muta.

Non bisogna trascorrere con leggerezza una controversia che non è ancora sciolta. Mi si permetta intanto di riferire alcuni passaggi di PARDESSUS.

« Nous avons vu (ci dice al n° 343) par quels « motifs d'utilité commerciale les cessions de « lettre de change, ou les pouvoirs donnés « pour en disposer et en toucher le montant, « devaient être redigés en peu de mots au dos « de la lettre; ce que fait donner à ces actes « le nom d'*endossement. Cette nécessité d'écrire « ainsi les négociations sur la lettre est telle*, « que si la multiplicité des endossements dont « une lettre a été l'objet remplissait le papier « dans son entier, on y ajouterait un autre « sous le nom d'*allonge* pour recevoir les né« gociations ultérieures; cette allonge ne fait « que un tout avec la lettre, et l'usage seul « peut déterminer ces précautions à prendre « pour eviter les abus ».

« On voit que si la lettre de change peut « être faite par un acte notaril (1), *il n'est « pas de même de l'endossement, puisqu'il doit « être écrit sur la lettre* » (2). — Più avanti, al n° 345. « *Une condition essentielle à l'endos« sement est qu'il soit écrit sur la lettre même.* « Quelque certaine que fût la date d'une ces« sion separée, quand même elle serait signi« fiée au débiteur, elle ne pourrait être oppo« sée à celui qui se présenterait à l'échéance « porteur de la lettre en vertu d'un endos« sement quoique d'une date postérieure; la « preuve testimonielle ne serait pas reçue » (3). LOCRÉ (vol. 2, pag. 191) e DALLOZ (*Répert.*, v° *Effets de commerce*, n° 367 e 377) dividono in massima l'opinione di PARDESSUS (4).

NOUGUIER professando un altro sistema, e posto il principio esser permesso tutto ciò che legge d'ordine civile o morale non proibisce, mostrava nulla vietare di potersi formare una girata per atto notarile ed autentico. La girata si scrive *sul dosso* della lettera, dicono i contrari (5); e NOUGUIER risponde, sì *è questo il costume dei negozianti;* la forma più economica, più semplice, più speditiva; ma se qualche volta si farà altrimenti, non sarà pertanto una nullità. Avvertite, egli dice, non è impossibile che il girante sia illetterato; come si fa allora? La difficoltà fu prevista, è vero, e si è creduto di scioglierla avvertendo che la girata potrà farsi per procura. L'autore però rimprovera a questa dottrina di porre alla personale libertà dei cittadini restrizioni dalla legge non imposte.

Sugli effetti che tale forma di cessione sarà per produrre, se meno estesi o quali si addicono ad una cessione civile, o più lati secondo la legge commerciale (6), NOUGUIER viene declinando, e si accomoda a dire che l'*endossement proprement dit* (com'egli appella la girata scritta sulla lettera) ha degli effetti più estesi, ed egli si sta contento ad ottenerne tali che corrispondano ad una valida e perfetta cessione civile (n° 414 e 415) (7).

Un terzo sistema è quello di ALAUZET. Conviene completamente con NOUGUIER sulla validità della girata per atto di notaio, colla salutare avvertenza però che con questo non si agevoli qualche frode; suggerisce quindi di far menzione sulla carta cambiaria dell'avvenuta cessione. Ma toltone l'inganno che la trascuranza di qualunque menzione o memoria può produrre a danno dei terzi, egli reputa amendue le forme ugualmente valide, ugualmente efficaci, e le loro conseguenze giuridiche non esser punto diverse (n° 858, 859).

810. *Soluzione.*

La cessione è valida in qualunque modo si faccia o per girata sulla lettera, o per atto pubblico o privato, in qualunque modo cioè

(1) Lo stesso autore, num. 530, e da noi concordato al num. 702.

(2) Niuna inferenza quindi fra un fatto e l'altro, secondo PARDESSUS.

(3) Decide per altro che fra gli stessi contraenti simile cessione deve avere i suoi effetti.

(4) RIVIÈRE (sull'articolo 135, pag. 323) conviene che la lettera di cambio può esser ceduta per atto separato. « Mais cette cession ne serait pas un en« dossement. Ce serait un cession ordinaire qui « serait soumise à la formalité de la signification « ou de l'acceptation ». V. anche BÉCANE, *Question sur la lettre de change*, pag. 36.

(5) Onde la voce *endossement*. Per noi l'*indosso* è un'altra cosa, e la spiegammo altrove, auspice CASAREGI.

(6) Si è già detto altrove che la girata attribuisce al giratario e possessore della lettera di cambio *diritti maggiori* che al girante non competessero. — Vedi il nostro num. 804, in principio.

(7) BÉDARRIDE, in alcune pagine anche più dilavate, finisce col dire che *una girata* per atto notarile non potrebbe annullarsi (num. 288, 289).

Digitized by Google

riconosciuto legittimo nell'ordine delle prove.

Ho voluto riportare vari passaggi di PARDESSUS perchè non facendosi una vera e solida obbiezione, non avrei saputo come spiegarla. Egli ripete più volte che la girata *deve essere scritta sulla lettera*, ma è quello che deve provarsi. Nè la legge francese, nè l'italiana esprimono un tale precetto, che invece abbiamo trovato nell'articolo 209, ove si parla dell'accettazione. Ritenuto per vero ciò che doveva provarsi, l'illustre commercialista ragiona delle conseguenze dicendo che, per quanto sia certa la data dell'atto di cessione, separato dalla lettera di cambio, tale scrittura non può esser opposta al giratario che ha il suo titolo scritto sulla stessa lettera di cambio (1).

L'opinione della invalidità della cessione, quasichè la legge richiegga esclusivamente la girata sulla stessa lettera di cambio, non può affatto ammettersi per le ragioni che sono state dette. È fuori di dubbio che il dettato dell'articolo 223 concerne la struttura della lettera di cambio: la formola esposta è quella che deve osservarsi nelle lettere di cambio. Dichiarando i requisiti sostanziali della cessione in quanto importi trasferimento di proprietà e non semplice procura, dovranno tali requisiti apparire in modi equipollenti nell'atto di cessione che non sia unito alla cambiale. Dopo ciò non ci restano che i due quesiti; tutti gli effetti commerciali che derivano dalla girata cambiaria, si svolgono del pari da una cessione di forma civile? Se non apparendo la cessione dalla lettera di cambio, questa viene acquistata da un terzo di buona fede, non sarà egli il definitivo proprietario, malgrado qualunque cessione per atto separato che gli venisse opposta, quantunque di data anteriore?

Ma che intendiamo noi per parità di effetti, e in che sarebbero diversi i civili dai commerciali?

La solidarietà di tutte le persone concorse nella formazione e nella circolazione della lettera di cambio; la istantaneità della trasmissione di tutto questo insieme di diritti (2), ecco la mole degli effetti commerciali. Ammesso che trattisi di un mezzo abile e legittimo per trasferirli, se la materia non cessa di essere commerciale e cambiaria, il risultamento non può esser diverso. Si dirà la girata s'ignora mentre se apposta sulla lettera di cambio sarebbe evidente? Con questo obbietto si entra in altro ordine d'idee che appartiene al secondo quesito che veniamo a risolvere. Ma giova intanto avvertire, che noi fin qui riteniamo che niun'altra cessione o girata abbia avuto luogo dopo di questa, e che la questione non sorga nell'interesse dei terzi, acquirenti successivi della lettera di cambio. Stando così le cose, tanto è che il giratario serbi chiuso il recapito nel suo portafoglio o nello scrittoio l'atto di cessione separato dalla cambiale.

Ma l'altro dubbio deve risolversi a favore dell'ulteriore giratario, possessore di buona fede della lettera di cambio.

Vediamolo sull'esempio. Tizio che per via di regolare girata aveva acquistato da Caio una lettera di cambio, la cede a Sempronio per atto separato e con rogito di notaio. O non abbia avuto cura di ritirare la stessa lettera di cambio, o non l'abbia potuto (3), o la lettera gli sia stata sottratta, noi facciamo l'ipotesi che lo stesso Tizio, malgrado la cessione per atto separato fatta a Sempronio, dissimulando la cessione, ne faccia una per via di girata sulla stessa lettera a Mevio che ignora perfettamente che ci sia di mezzo un'altra cessione. Mevio si presenta a riscuotere il dì della scadenza; e si trova di fronte l'opposizione di Sempronio che gli squaderna niente meno che un istromento notarile di data anteriore. Non è a dubitarsi che il giratario abbia ragione prevalente in confronto di Sempronio, al quale non resteranno che delle azioni da esercitare contro quel pessimo arnese del suo cedente.

Vogliate ora sollevare la mente ai grandi interessi del commercio e comprendere la ragione di questo scioglimento. L'atto separato non è proibito dal legislatore, ma l'atto separato non soddisfa ai suoi fini. Il recapito cambiario non ha più quell'energia di effetti, quella potenza di circolazione alla quale è istituito, se non sia perfetto in se stesso, se non contenga in poche parole la sua storia tutta quanta, se abbia d'uopo d'integrarsi con altri documenti, per quanto solenni, che avendo un carattere meramente civile, non sono intesi di là dai nostri confini (4); non dirò a Calcutta

(1) Questa conclusione è vera, come veniamo a dire, ma non deriva dalla invalidità della cessione.

(2) Senza bisogno di notificazione o di altro atto ai debitori.

(3) L'atto separato di cessione può essere motivato da che non si abbia presente la lettera di cambio per trovarsi in mano di un accettante, verbigrazia, di un commissionario, ecc., e fuori di paese.

(4) Come si disputerà di una scrittura privata? Come di un atto di notaio? Che è un atto notarile

ed al Cairo, ma neppure a Marsiglia o Corfù, si sa che roba siano. La legislazione cambiaria è mondiale, ripetiamolo anche una volta; è modellata sul convenzionale se non di tutti i popoli, almeno di una gran parte dei popoli commercianti, ed ha un linguaggio facilmente esplicabile in tutti i paesi. Perciò quante volte sarà in giuoco l'interesse dei terzi, l'atto separato di cessione si vedrà restare un fuor d'opera, un vero imbarazzo, un'anomalia, semprecchè, come ALAUZET consigliava, non si faccia un'annotazione sulla stessa lettera di cambio, la quale significa che la lettera si è come a dire immobilizzata e ha finito di circolare (1).

E poichè siamo giunti al tema di una lettera di cambio della quale è paralizzato il movimento cambiario per deviazione di forma, ricorderemo che solo gli effetti commerciali *all'ordine* sono suscettibili di trasmettere la somma dei diritti cambiari per semplice girata (NOUGUIER, n° 386) (2). L'articolo 15 del Codice di commercio austriaco stabilisce che il girante può opporre alla girata il motto ristrettivo — *non all'ordine* — o altra equivalente dichiarazione, con che *egli vieta la girata ulteriore della cambiale*, e coloro che la venissero acquistando non avrebbero alcun diritto di regresso in confronto del traente. La girata ulteriore può essere sempre vietata dal girante, e significare ch'esso non vuol restare garante verso altre persone fuor quella del proprio giratario (3).

811. *Se la girata dopo scritta sia revocabile.*

« Girata creditori facta et ab eodem acceptata nequit amplius per debitorem girantem revocari » (ANSALDUS, disc. 2, n° 8).

Noi supponiamo non ancora consegnato il titolo: allora non se ne parlerebbe più. Ma SAVARY disse che la scrittura della girata enunciando il valore, comprova il fatto del valor ricevuto. Questa leggerezza non fu perdonata a tanto scrittore, ed è una voce sola che il possessore della lettera di cambio che si accingeva a cederla, e sulla promessa aveva scritta la girata, sino alla consegna, può cancellarla (4). L'accettante ha minore libertà. Egli non è il proprietario della lettera come il girante che la ritiene ancora nel suo portafoglio.

—

812. *Requisiti della girata. — Data.*

Quale sia l'importanza della *data* sulla girata di una cambiale ognuno comprende, specialmente quando versiamo intorno all'epoca critica del fallimento. La sua forza è nella presunzione di verità sino a prova contraria. Della virtù provante della data posta sulla girata può affermarsi tutto ciò che si afferma della data che accompagna la creazione della lettera di cambio (V. il n° 706). La materia della data cambiaria è stata da noi largamente trattata ai numeri 707 e 708. In quest'ultimo si è anche discorso dell'*antidata* sulle girate, e per qual ragione il nuovo Codice abbia sop-

per gli stranieri? Quale autorità? Quali verificazioni di firme occorrono? Come si attagliano quelle legislazioni a un tale amalgama di atti civili e di commerciali?

(1) Io ritengo che realmente cessi la circolazione, poichè il cessionario che non possiede per la forma che un titolo civile, non potrebbe, omessa la manifestazione di questo titolo, o anche alla manifestazione del suo titolo di forma non commerciale, spingere di bel nuovo in circolazione la carta cambiaria, essendo codesta mescolanza incoerente e strana all'indole dei titoli cambiari. Gli converrebbe sopprimere col consenso del girante l'atto civile, surrogarvi una gira sulla carta stessa, e quindi proseguire la circolazione.

(2) Negli usi d'Inghilterra il girante che avesse messo in circolazione un recapito cambiario non rivestito della clausola *all'ordine*, non può allegare a proprio vantaggio questo difetto. (Così pure l'articolo 565 del Codice di Wurtemberg, e articolo 15 dell'ungherese).

In tale questione io sarei inclinato a ritenere che la non commercialità del recapito sia nello stesso recapito; e niuno possa credere di acquistare tutti quei diritti che emanano da un proprio e vero effetto di commercio.

(3) Il Codice prussiano (articolo 811) ordina che la girata sia fatta *sulla stessa lettera di cambio*, aggiungendo nell'abbondanza delle firme un altro pezzo di carta che rimane attaccato alla stessa lettera (articolo 812). La trasmissione di una lettera di cambio non enunciata nella stessa lettera, non ha che gli effetti di una cessione (civile) (articolo 813). Se la trasmissione della lettera di cambio non è enunciata nella lettera, e sia poi girata nella consueta forma cambiaria ad un terzo di buona fede, questi ha la preferenza sul cessionario (art. 414).

Sono le teorie da noi esposte col semplice ragionamento.

Doversi fare la girata sul dorso della cambiale, vogliono il Codice di commercio russo (art. 308) e la Legge generale germanica (articolo 11).

(4) Si consigliano i commercianti a sfregiare la girata con linee che permettano di leggerla, perchè si potrebbe presumere qualche altra cosa e bucinarsi di frode (ROGUE, *Jurisprud. consul.*, tom. II, ch. 61, num. 5).

Digitized by Google

presse disposizioni che s'inoltravano troppo nella provincia riserbata ai giudizi penali.

L'articolo 223 nell'ultimo capoverso è la memoria di certi usi commerciali che non dovrebbero esser ancora tramontati, se il legislatore ai tempi che corrono si occupa di valutare le formole *ut supra*, *retro*, che in addietro furono disputate. Alcuni credevano che non potendosi siffatte espressioni riferire che alla data, ne risultasse chiaramente che la girata doveva ritenersi fatta nel giorno stesso della lettera. Ma la sentenza opposta ebbe l'autorità di più decisioni solenni. La Corte di Cassazione (francese) nel 23 giugno 1817 osservò principalmente equivoche essere quelle forme, interpretabili, potersi riferire a tutt'altro che alla data; il Codice aver voluto dizioni esplicite, positive; la data insomma doversi scrivere come si scrivono le date, anzichè dar luogo a fantasticarne il senso. Cose simili insegnò nell'altra decisione del 14 novembre 1821, e gli autori tutti discesero in questa facile giurisprudenza (1). Il nostro legislatore è stato meno esigente. Ammette la relazione, ma fa sentire al buon senso dell'interprete ch'essa deve fermarsi alla scrittura *che immediatamente precede la girata* (2).

L'avvertenza, volgare anzichè no, di questo testo di legge, ci mostra che il legislatore se n'è occupato; che tiene alla data e non sarà facile ad ammettere dei surrogati. Ad alcuni è sembrato che quando si era potuto mettere il limite al tempo, e stabilire in modo positivo che la girata non aveva potuto essere che anteriore ad una certa epoca, sfuggendo così ai sospetti ed ai pericoli del tempo proibito, la girata debba considerarsi perfetta. Quindi se dopo la girata, non datata, havvi riscontro di qualche altro contratto apparente dalla stessa lettera e portante la sua data, come una dichiarazione di avallo; o se qualche atto officiale ed autentico assicura che la girata non può essere che anteriore, ad esempio un atto di protesto, dovrebbe ritenersi innocua la imperfezione della girata (3).

Questa opinione è giustamente condannata dagli autori (4). Il girante che secondo la legge non si spogliò della proprietà, poichè omettendo la data non fece che una procura, non può essere spogliato di poi in forza di atti a lui estranei, come da un avallo, da un protesto. Questa è la ragione ch'è stata detta. Ma la ragion vera è piuttosto, che per l'interesse generale del commercio si è dovuto precisare la formola della girata e attribuirvi certi effetti positivi e inevitabili che non possono essere modificati o variati per atti posteriori di natura diversa non derivanti dallo stesso cedente, per cui a rigor di termini non è questione *di tempo*, ma di *modo*. In quante altre guise potrebbe giustificarsi il giorno preciso della girata! Un telegramma, una lettera missiva contemporanea con timbro postale, e via discorrendo; eppure la girata resta là imperfetta e non suona che una procura. Girante che omette la data vuol ritenere in sè la proprietà della lettera di cambio; ecco la legge: a sanare il difetto sarla mestieri una dichiarazione espressa, formale, dello stesso girante, e non un semplice riscontro del tempo in cui simile girata si è effettuata.

E molto rileva il conoscere se il vizio sia assoluto o relativo, se cioè possa allegarsi eziandio da coloro che non vi hanno un interesse diretto, e si direbbero terzi. È solo dei giranti l'opporre di non aver voluto trasferire la proprietà, o il traente e l'accettante possono valersene e opporre la stessa eccezione? La regola è generale, assoluta, disse PERSIL (all'art. 137, n° 4): « l'endossement qui ne se « trouve pas revêtu des formalités préscrites « est nul à regard de tout le monde » (5). Ma bisogna riflettere. *Tout le monde*, va benissimo, ma *allora che si abbia interesse nella co-*

(1) PARDESSUS, n. 343; VINCENS, pag. 181; DALLOZ, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 588; GOUJET et MERGER, v° *Endossement*, num. 24, ecc.

(2) Del 20 gennaio 1869 la data della tratta. Una prima girata del 25 di quel mese. Una seconda del 15 febbraio. Una terza coll'*ut supra* o *retro*. S'intende riportarsi al 15 febbraio, e non al 20 gennaio. C'era bisogno d'una legge per questo?

(3) L'articolo 1327 del Codice civile, non potendo tenere a calcolo la data naturale della scrittura privata riguardo ai terzi, ne determina la data legale in quegli atti autentici che la susseguono, o in quei fatti di natura che si sono verificati rapporto a taluna di quelle persone che intervennero colla loro firma nella scrittura, che non avrebbe più potuto apporla dopo quel tempo. A prima vista l'argomento può sembrare calzante, ma non lo è.

(4) SAVARY, parere 16, chap. III, num. 40; MERLIN, *Répert.*, v° *Endossement*; DALLOZ, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 389; GOUJET et MERGER, v° *Endossement*, num. 30.

(5) Così pure NOUGUIER, num. 399; DALLOZ, *Rép.*, v° *Effets de commerce*, num. 387 e 390; Corte di Bruxelles, 29 marzo 1813 (SIREY, vol. XXIII, p. II, pag. 214). Non mancano decisioni in senso opposto. La stessa Corte, 20 agosto 1812 (SIREY, v. XIV, p. II, pag. 177); Grenoble, 5 febbraio 1836.

cezione (1). Se il traente o l'accettante sono creditori verso il girante, non vedendo nel giratario che un mandatario di lui, possono far valere l'eccezione della compensazione: hanno l'interesse. Se fossero senza interesse non avrebbero voce per oppugnare quella forma, e sarebbero tenuti a pagare al mandatario così bene come al proprietario della lettera, locchè in casi consimili si ebbe ad osservare (numeri 816, 817).

813. *Valore somministrato.*

Essendo stata questa materia ampiamente discussa al n° 715 e seguenti, poche osservazioni ci avanzano; quelle sole che appartengono alla specialità della girata. Noi vediamo rinnovarsi in ordine alla girata l'identico precetto e l'identica nozione portaci dall'alinea II dell'articolo 196. La prestazione del corrispettivo e la sua menzione: quella estrinseca e prova il trasferimento della proprietà rimpetto ai terzi; questa letterale e misura i diritti delle parti contraenti.

Noi abbiamo dedicato un paragrafo alquanto esteso (il 723) all'esame di quella dizione molto consueta ai commercianti, *valore in conto*. Abbiamo stabilita la sua giuridica attitudine a rappresentare il corrispettivo pel quale si trasferisce la lettera di cambio; e dimostrato che l'azione di proprietà, esercibile contro chiunque, è affatto indipendente dallo stato del conto che sarà oggetto di successiva liquidazione. Ora vogliamo ampliare alquanto questa veduta, portandoci un poco più sul terreno pratico.

Teniamoci nei termini della girata. Pacifico fra tutti gli scrittori di cose commerciali che la girata *per valore in conto*, rispetto ai terzi, equivale a qualunque altra espressione legittima, e non ammette discussione di sorta. Ma per quanto riguarda i rapporti fra girante e giratario, sorgono talvolta combinazioni gravi nelle quali la somministrazione del *valore in conto* può suscitare controversie. Quando una casa di commercio acquista una cambiale da Tizio suo corrispondente *per valore in conto*, essendo acceso fra essa e il girante un conto corrente, al fallimento posteriore di costui nasce il dubbio se il giratario abbia assoluta la disponibilità della lettera di cambio; o piuttosto debba egli assoggettarsi ad una liquidazione colla massa dei creditori, dalla quale liquidazione sia per dipendere o il credito o la quantità del credito.

Veramente noi abbiamo risposto al quesito in modo assoluto e senza restrizioni: il fallimento può rendere più interessante o, meglio, più interessata la questione, non più difficile. Essa fu decisa dalla Corte suprema di Francia nel 27 novembre 1827, e ritenuta la proprietà della cambiale nella casa girataria, salvo ai rappresentanti dei creditori di obbligarla a liquidare i suoi conti; alla quale decisione fece plauso il DALLOZ (v° *Effets de commerce*, n° 420) (2).

Noi intendiamo adunque la proprietà della cambiale nel senso della disponibilità che appartiene al giratario e non può essere impacciata, a qualsivoglia effetto, da pretese del girante dedotte dallo stato dei conti. Ma fingendo il caso che il giratario non avendo potuto riscuotere la lettera di cambio o il biglietto all'ordine, si rovesci sul girante per essere rimborsato, senza dubbio la disputa sul conto, il dare e l'avere delle parti sarà portato sul banco del giudice, e il credito del giratario subirà quelle modificazioni che si troveranno conformi alla condizione attuale dei loro affari.

Ed è ragione che la lettera di cambio non sia un'arma rivolta contro il petto del cedente che per avventura, nel momento in cui è provocato, non è che un creditore.

Io non intendo altrimenti un passo del PARDESSUS (3), ingiustamente, parmi, criticato dal DALLOZ (luogo citato). Il PARDESSUS accenna a girata in conto e regolare, destinata nella intenzione delle parti a non essere che un mezzo della loro contabilità. Similmente egli dice del commissionario, che dopo avere acquistata una cambiale in proprio nome ma per conto del committente, la rimette a lui; nei quali casi l'effetto commerciale non ha altro valore ed importanza che quella che riceve dai rapporti esistenti fra le parti che hanno creato per comodo quel giro di cose.

È la valuta in conto un rapporto, non un pagamento; un rapporto di cifre che dee finire col discioglìersi. La liquidazione del conto è un diritto, una facoltà di azione, l'esercizio della quale non dipende dalla operazione a cui il conto corrente ha dato vita. La lettera di cambio o il biglietto all'ordine, lo dissi già al citato n° 723, importa la sottrazione di una

(1) Ciò diciamo estensivamente ad ogni altra imperfezione della girata per cui essa si risolve in semplice procura, giusta l'articolo 224.

(2) Altra decisione dello stesso magistrato supremo del 9 gennaio 1838, riferita dal DALLOZ, conforme nella massima. Aggiungi altra più antica del 14 flor., anno IX, e della Corte di Rouen del 13 dicembre 1841.

(3) *Droit commercial*, num. 330.

Digitized by Google

partita del conto in credito dell'obbligato cambiario, vuoi traente od accettante. Finchè la speranza sorride al pagamento della cambiale, l'accreditato nel conto mantiene la sua partita, come il portatore il possesso e la disponibilità. Il fallimento dell'accreditato (è la specie messa in ipotesi) non perturba la condizione del creditore, ma il mal esito della tratta gli dà dei diritti verso colui dal quale gli è provenuta; e se questi è fallito, verso i creditori di lui assegnatari del suo patrimonio. Egli rientra nel credito perchè la dazione della cambiale fu di regola *pro solvendo* e non *pro soluto;* ritornato creditore di altrettanto, a conto liquidato, egli non ha che a concorrere cogli altri creditori e prendere il suo quoto, se qualche cosa avanza (1).

—

814. *Girata parziale.*

È nella natura delle cose che chiunque possiede un credito possa cederne parte. Questo diritto elementare sarebbe negato al possessore di una lettera di cambio?

« Il me parait difficile, dice NOUGUIER, « n° 413, de trouver une raison légale à alléguer contre celui qui tenterait une pareille « opération ». Aggiunge però l'uso essere contrario, e nella pratica appunto sentirsi le difficoltà. L'autore ne tocca alcune meritevoli di attenzione. Il portatore del recapito commerciale non potendo esigere che una parte del credito, l'altra parte non potrebb'essere domandata nel dì della scadenza, perchè uno solo sarebbe in possesso del recapito. Il trattario non pagando che la metà del credito cambiario coperto della sua accettazione, dovrà il recapito cedersi a lui benchè non abbia pagato che la metà, o dovrà essergli negata la consegna benchè, nella sua qualità d'accettante, abbia soddisfatto il proprio debito? E altre difficoltà ancora, e maggiori, possono presentarsi oltre quelle esemplate da NOUGUIER. Il credito della cambiale così dimezzato potrà trasmettersi ad altre serie di cessionari, alcuni dei quali non pagati alla scadenza, potrebbero esercitare regolarmente gli atti conservatorii, ed altri no; quindi ricorsi vari, più o meno efficaci, più o meno intralciati o confiittanti.

Se non che essendo il cedente nel suo diritto, vi dev'essere qualche modo per attuarlo e farlo valere senza gravi inconvenienti. Gli accorgimenti dei commercianti non mancheranno. Uno dei più comuni sarà di fare la cessione totale, ritirando dall'amico una dichiarazione di buona fede dalla quale risulti che dei 10,000 franchi portati nella cambiale, solo 5000 sono ceduti in proprietà, e gli altri 5000 saranno da lui riscossi in qualità di mandatario. Se il girante possiede più originali, può ritenersene uno facendo annotazione della metà ceduta, e l'altro colla girata della metà consegnare al giratario. Portando codeste lettere il loro timbro di prime, seconde, ecc., come si deve (articolo 196), fanno la loro carriera senza importunarsi a vicenda, senza urtarsi, e tutto va a meraviglia. Mancando questo fatto originale, il possessore potrà crearle richiamando sulla seconda le firme, ed è allora che converrà ricorrere al primo espediente; e questo non facendosi, gli incomodi ricadranno invero a carico del cedente. Ciò è ragione. Il cedente garantisce col fatto della cessione tutti i mezzi opportuni al cessionario per riscuotere. Il cedente per parte sua sarà per incaricare persona che si accordi col giratario onde presentarsi insieme alla riscossione, e fare in comune, o anche parzialmente, il protesto. Se il trattario ha accettato per intero, non ha diritto di volere la restituzione della cambiale per averne pagata la metà. Ma è nel suo diritto rifiutandosi di pagare la metà, non presentandosi l'altro creditore a riscuoter l'altra.

In tal modo il protesto sarebbe ingiusto rispetto al trattario; tuttavia il giratario parziale dovrebbe curarlo, come l'unico mezzo per constatare il non pagamento. Allora egli ritorce le azioni con pieno diritto contro il proprio girante che è in colpa di non essersi a tempo assicurato con opportuno accordo col trattario ch'egli farebbe il pagamento parziale. Non potrebbe con pari diritto pulsare il traente e gli altri giranti per il pagamento della metà. Niuno in commercio, e specialmente per causa cambiaria, può essere costretto a pagare parte del credito, rimanendo per l'altra sotto l'obbligazione. Sono casi intralciati nei quali si esercita il prudente arbitrio del giudice abilitando depositi, ordinando cauzioni, ecc.

—

(1) La Corte di Firenze nel 5 settembre 1861 (*Annali di Giurisprudenza*, pag. 1074) disse che, lasciato l'esito del conto ai risultati della finale liquidazione, la valuta della tratta viene a formare oggetto di un contratto nuovo: è una vera novazione.

Spero che i limiti di questa teoria saranno stati posti esattamente nei vari luoghi ove ne abbiamo discorso.

Digitized by Google

815. *Girata per procura.*

Nei banchi affollati vi sono sempre dei commessi incaricati di firmare le lettere di cambio *per procura* (1). Ciò è di stile, e non faccio che accennarlo, perchè non manchi questa classe nell'elenco. Del resto è noto che il principale soltanto, il mandante, rimane obbligato. Questo uso essendo generale, e le cambiali spiccate da un paese approdando di solito a paesi assai lontani, non è guari possibile verificare se chi si firmò per procura abbia realmente ricevuto quell'incarico. Nè i pagatori della lettera di cambio denno obbligarsi all'impossibile, dacchè loro non è lecito mettere in mezzo tempo e indugi per verificare dei fatti al di là dei mari, e la fede che prestano non è volontaria ma necessaria. Il soggetto sarà riassunto nell'esame dell'art. 230).

816. *Girate irregolari.*

La legge è chiara (articolo 224). Vi è irregolarità se non sono osservati i prescritti dell'articolo 223. Di ciò si è detto abbastanza. È pure irregolare la

Girata dopo la scadenza.

L'articolo 224 prende il suo partito e decide che *la girata fatta dopo la scadenza della lettera di cambio* è irregolare (2); ha visto che il maggior danno stava nella incertezza che tormenta ancora i nostri vicini sopra un punto nel quale il commercio è vivamente interessato.

È una questione che divide gli scrittori, ed è singolare che il dubbio coglie di più ed agita i più recenti, mentre gli anteriori parvero avere convinzioni più ferme; forse in conseguenza delle decisioni ben numerose che i magistrati hanno proferito nel senso della regolarità e perfezione della girata (3).

Per noi il rumore è cessato; noi però siamo soliti di volgere indietro lo sguardo per misurare le cause dei dissidi dai quali la legge ci ha liberati con una determinazione qualunque.

Dicevano gli uni, osservando la questione fra cedente e cessionario; poi in ordine ai terzi, che nel primo rapporto poteva ammettersi la pienezza del trasferimento, non così nel secondo. In questo aspetto si osservava che, dopo scaduta, la lettera di cambio rientra irrevocabilmente nel patrimonio di colui che nel momento della scadenza se ne trova proprietario; che la sorte di tutti gl'interessati è fissata; gli effetti della girata, *eziandio regolare*, non sono quelli che sarebbero stati avanti la scadenza (4).

Scrittori di diversa opinione sembrano come impressionati dalla obbligazione, si fanno forti della legge che credono non interpretabile, e della giurisprudenza. BÉDARRIDE, che non è avaro di parole, si è incaricato di una risposta più ampia; noi ne toccheremo gli argomenti principali.

Il silenzio del Codice ha sempre fornito il miglior argomento ai difensori di questa parte, e fu come a dire la guida di tutte le decisioni che si pronunziarono per la piena efficacia delle girate dopo la scadenza (5). Ma BÉDARRIDE non declina il ragionamento. Dice che il

(1) Talvolta si servono d'iniziali *P. P. del sig.....* Il commercio però è giustamente rigoroso della forma e della sua uniformità. Per esempio la Banca di Francia nega di pagare le cambiali ove invece del motto *per procura* si legge *per il sig. B...*

(2) Accetta la tradizione dell'articolo 131 del Codice di commercio albertino.

(3) *Autori e decisioni per la irregolarità:*

SAVARY, parere 15, quest. 2; BORNIER, Annotazioni all'articolo 4 dell'Ordinanza; DELVINCOURT, *Instit. du droit commercial*; PARDESSUS, num. 351; HORSON, quest. 87, 88, 89; NOUGUIER, num. 443; DALLOZ, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 408; Corte di Parigi, 24 luglio 1809 (SIREY, vol. VII, p. II, pag. 933); del 1° gennaio 1817 (SIREY, vol. XVIII, part. II, p. 11); del 30 luglio 1833 (SIREY, v. XXXIII, part. II, pag. 449); Corte di Limoges, 13 luglio 1820 (SIREY, vol. XXI, part. II, pag. 72); del tribunale di commercio di Parigi del 20 giugno 1833 (SIREY, tom. XXXIII, part. II, pag. 538); di Rennes, 15 luglio 1844 (SIREY, vol XLIV, part. II, pag. 433).

Autori e decisioni per la regolarità ed efficacia della girata dopo la scadenza.

PERSIL, sull'articolo 136, num. 6; DESPRÉAUX, num. 494; THIERCELIN, Annotazione 3ª sul detto articolo; ROGRON, all'articolo stesso; BORNIER, ivi; GOUJET et MERGER, v° *Endossement*, num. 45; ALAUZET, *Comment.*, num. 862; BÉDARRIDE, num. 296; Cassazione francese del 28 novembre 1821 (SIREY, vol. XXII, part. I, pag. 170); del 20 dicembre 1821 e 5 aprile 1826 (SIREY, vol. XXVI, part. I, pag. 333); 26 gennaio 1833 (SIREY, vol. XXXIII, part. I, p. 100); 28 gennaio 1834 (SIREY, vol. XX, part. I, pag. 115); Corte di Parigi del 6 aprile 1809 (SIREY, vol. X, part. II, pag. 45); 7 gennaio 1815 (SIREY, vol. XV, part. II, p. 85); 31 agosto 1831 (SIREY, vol. XXXII, part. II, p. 155); Corte di Lyon, 1° dicembre 1828 e 3 aprile 1845 (SIREY, vol. XXXI, n° 272); Corte di Toulouse, 26 luglio 1832 (SIREY, vol. XXXII, part. II, pag. 508); Corte di Douai, 25 gennaio 1831 e 12 marzo 1846; Corte di Bourges, 25 novembre 1839; Corte di Bordeaux, 23 novembre 1813; Corte di Montpellier, 28 giugno 1851 (*Journal du Palais*, 1834, part. II, pag. 559).

(4) PARDESSUS, l'antesignano di questa opinione.

(5) « La propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement » (articolo 136). Niente altro: la legge non distingueva se prima o dopo la scadenza.

Digitized by Google

discorso di PARDESSUS non è serio. Che significa esser la lettera di cambio entrata irrevocabilmente nell'attivo di chi se ne trova proprietario in quel momento? Cessa forse di essere *all'ordine* la lettera di cambio, e quindi negoziabile? Il portatore non è anzi stretto da maggior bisogno di negoziarla? Perchè non gli sarà lecito spogliarsi del credito e trasferirlo ad altri, ma dovrà sempre e poi sempre costituire un procuratore? (1). Il requisito all'ordine non è forse il carattere della commerciabilità impresso nella lettera di cambio all'oggetto di poterla rapidamente trasmettere da una mano all'altra? E poco importa che la scadenza della lettera di cambio o del biglietto « ait fait disparaître par extinction ou « réglement les obligations qui s'étaient ac« cessoirement groupées autour de l'obliga« tion principale. Tant que celle-ci n'est pas « éteinte, le titre reste ce qu'il était avant, « une créance à l'ordre. Il peut dès-lors être « transmis par voie d'endossement » (BÉDARRIDE, n° 298).

Si risponde insomma che la scadenza può avere bensì variata la posizione degl'interessati, onde la cessione per via di girata fatta in tale condizione di cose potrà esser meno feconda di risultati (2), ma che ha a fare l'importanza della materia ceduta colla validità della cessione?

Ci ha da fare benissimo, replica l'altra parte. Gli istrumenti più attivi del cambio, come la lettera di cambio e i biglietti all'ordine, godono dalla legge un favore tutto particolare e loro proprio; favore che riluce notabilmente nella forma della cessione che si opera per mezzo della girata, come a suo luogo si dimostrò. Compiuto il suo ciclo, questo documento, come lettera di cambio, rimane esautorato; non ha più quel valore, quelle attitudini, quella potenza di circolazione; ritorna per così dire mortificato, esinanito e dalla inerzia a cui si è abbandonato, e dagli inutili sforzi che ha fatto per realizzarsi; resta insomma un credito, se resta, ma un credito che può rientrare nella regola generale dei crediti, trasferibili coi modi comuni della cessione, senza verun danno del commercio cambiario al quale omai non appartiene quello scheletro di cambiale (3).

Secondo il quale sistema canta fuori del coro la fondamentale obbiezione di BÉDARRIDE; doversi lasciare al proprietario di una lettera scaduta la facoltà che hanno tutti i proprietari di crediti, di azioni commerciali o non commerciali, la facoltà di spogliarsene e cederli ad altri. Potete cederli, si dice, e giova ritenerlo per aver chiara la differenza dei due sistemi; potete cederli ma non per via di girata commerciale, e quindi senza i privilegi annessi a questa forma (4).

L'articolo 224 vi mostra che il legislatore italiano si è molto piegato verso questo sistema, temperandone però le conseguenze. Non voglio, egli ha detto, che *dopo la scadenza* il credito e le azioni, qualunque siano, che possano ancora derivarsi dal documento cambiario, siano cedute per girata; e se sarà contravvenuto al mio divieto, la girata dovrà considerarsi come una semplice procura.

Ponete mente che il vero carattere della disposizione è penale. Non può essere forzata la realtà delle cose; io che ho ricevuto il prezzo da Tizio, ho voluto cedergli in sostanza le azioni che posso ancora sperimentare, per esempio, verso il traente, o verso il trattario che ha trafugato la provvista, e Tizio ha avuto animo di acquistare: del resto la girata è nei termini più evidenti del trasporto della proprietà. La legge non se ne cura e non vuol discussioni su questo punto; e in luogo di dichiarare la nullità della cessione fatta in questa forma commerciale, la condanna a non essere che una procura che non fu mai nelle viste dei contraenti.

Così il giratario è in particolar modo punito e arrischia di perdere il credito. Vero è che *tamquam procurator in rem suam*, atteso l'interesse vero e incontrastabile che ha, potrà agire in giudizio e riscuotere senz'altro mandato, e ritenersi la somma; ma non avendo qualità di terzo, è soggetto alle eccezioni personali al mandante (5).

La legge insomma vuole ammonirvi che i vostri diritti, qualunque siano, potete alienarli finchè vi piace, ma coi mezzi ordinari, con

(1) L'uso del commercio non accetta volontieri questa dottrina; lo disse lo stesso PARDESSUS.

(2) Se il trattario ha pagato, estinto il credito, non si parla più di cessione. Se non si sono fatti gli atti regolari in caso di rifiuto di pagamento, il creditore resterà in possesso delle sue azioni contro il traente, salvo le eccezioni che a questo potranno competere.

(3) Con altre parole, ma in questo concetto NOUGUIER, num. 442.

(4) In effetto la girata, come tale, sarebbe nulla (HORSON, quest. 87 e seg.).

(5) Vedi il seguente num. 817. Non sarebbe però una procura se non fosse revocabile prima della consumazione del mandato (RIVIÈRE, p. 552, ed. 4ª).

Digitized by Google

atto di notaio, con una scrittura e non per modo di girata, *perchè la lettera di cambio come tale ha finito di esistere.*

Ed anche in ciò si vede che la disposizione è sdegnosa. La cessione in forma civile non dà diritto verso i terzi se non osservato il rito dell'articolo 1539, e frattanto il debito può pagarsi al cedente (articolo 1540). Ma infine è una vera cessione, e il cessionario è l'assoluto padrone di quei diritti. La *girata* si fa discendere al significato di una procura, meno utile, meno efficace di una cessione in forma comune (1).

817. Il possesso della lettera di cambio, legittimo perchè ricevuto dalle mani del suo proprietario, investe senz'alcun dubbio il possessore della piena facoltà di agire a tutti gli effetti utili, come un mandatario speciale e senza limiti in ordine all'oggetto (2).

Una delle irregolari posizioni nella quale può trovarsi questo mandatario, possessore agente in proprio nome, e proprietario riconosciuto dai terzi, si è quella di dover soddisfare egli medesimo la tratta, nella insufficienza o rifiuto di pagamento per parte del trattario. Ammessa la facoltà di negoziare la lettera, altre girate più o meno regolari possono succedere alla sua irregolare; e così considerandosi quale possessore legittimo, dovrà sentirne anche gl'incomodi e, nel caso indicato, soddisfare l'ultimo possessore che rimase insoluto.

Dottrine e numerose decisioni (3) hanno stabilito che il mandatario viene in tal caso surrogato di diritto al portatore, per conseguenza è in piena facoltà di volgersi immediatamente e in proprio nome per lo rimborso contro il mandante. Si conviene che fra essi vi saranno delle partite pendenti e da accomodare (ce ne sono sempre fra mandante e mandatario che non ha reso il conto); ma intanto il mandante, che in questo stato di cose è il debitore, traente o girante che sia, deve pagare, salvo a discutere il conto. Insomma non più un mandatario, ma un vero proprietario della lettera di cambio si riconosce in chi ha finito col soddisfare l'importo egli stesso.

Altri rispondono. Questo possessore e pagatore della lettera di cambio era ed è ancora un mandatario. Negoziando, se vuolsi, o anche rimborsando l'effetto commerciale, tutto ciò egli ha fatto per conto di altri, per conto del mandante. Or come diviene egli proprietario, per quale virtù di diritto subentra al creditore rimborsato, e con tal veste si fa a percuotere il suo mandante? (4).

L'argomento è specioso, nondimeno è vinto da una replica, per me, decisiva. Il mandato fu espleto colla girata. Si deve ritenere che il prodotto della girata sia passato nel mandante, o che il mandatario ne ritenga il prezzo in conto dello stesso mandante. Gli avvenimenti posteriori, impreveduti e contro l'ordine naturale della negoziazione cambiaria, hanno posto il mandatario, che i terzi avevano ragione di riconoscere proprietario, lo hanno posto, dissi, nella necessità di soddisfare la cambiale. E poichè questo egli non operava quale mandatario, ma piuttosto quale fideiussore della lettera di cambio nella posizione che gli era stata fatta in faccia ai terzi, perciò la surrogazione nei diritti del portatore è della ragione comune (articolo 1253 del Codice civile).

Così fermato il principio, si può convenire che il mandante potrà anche opporre le eccezioni che potessero, secondo le circostanze, essere ritenute ammissibili, non escluse quelle della liquidazione dei conti; e in questo senso, totalmente pratico, la seconda opinione è da preferirsi all'altra, più severa, più assoluta. Ma voi ben vedete che quando si dice surrogato il pagatore nelle azioni del portatore, s'intendono a lui conferiti i diritti di agire non solo contro il suo mandante rispettivo, ma contro tutti coloro che sono nella cambiale solidariamente obbligati.

È uno scioglimento che deriva da quei cardini di ragione commerciale che regolano questa materia singolarissima. Facciamo di riassumerli in brevi tratti.

(1) *Salvo ciò che è disposto riguardo al pegno.* È un'aggiunta fatta all'articolo 131 del Codice di commercio albertino, poichè in quello il titolo del Pegno non esisteva. Io non credo che il richiamo sia riferibile all'articolo 189 (poichè qui il modo della girata è definitivamente abolito), ma piuttosto dell'articolo 191.

(2) Se n'è toccato al fine del numero precedente.

(3) Ne accenno alcune. MERLIN, *Question de droit*, v° *Endossement;* DALLOZ, *Répert.*, alla stessa parola; GOUJET et MERGER, *Dictionnaire*, alla stessa parola, num. 96; Cassazione francese, 20 febbraio 1816 (SIREY, vol. XVI, part. I, pag. 149); 20 febbraio 1845 (SIREY, vol. XLIII, part. I, pag. 101); 13 novembre e 4 dicembre 1845 (SIREY, vol. XLVI, part. I, p. 71), e molte di Corti d'appello.

(4) È la opinione di NOUGUIER (num. 470) conforme a più decisioni, anche della Cassazione francese del 9 novembre 1836 (SIREY, vol. XXXVII, p. I, pag. 142), e qualche altra di Corti d'appello, ma in assai minor numero che per la opposta sentenza.

Digitized by Google

a) Il portatore di girata irregolare trasmette la proprietà della lettera di cambio mediante girata regolare (1).

E come avviene, non essendo il girante un vero proprietario? Avviene in forza di quelle facoltà che si reputano inerenti a tale natura di mandato. Concorda la dottrina nel ritenere che l'oggetto della procura è di realizzare la tratta, la negoziabilità dell'effetto commerciale; è uno dei mezzi, proprii all'indole sua, per riscuoterne prontamente il prezzo e dare sollecita fine al mandato.

b) La negoziazione della lettera di cambio fatta dal procuratore lo costituisce garante solidario verso il portatore.

Anche questo canone è tratto dalla intima ragione delle cose. Un mandatario che agisce in proprio nome, l'opera del quale è capace di tali risultati, deve avere le obbligazioni corrispondenti. Il commercio non riconosce che la personalità sua; è un vero commissionario.

c) Il possessore ultimo della lettera di cambio esercita le sue azioni solidali tanto contro i giranti di forma regolare quanto contro quelli di forma irregolare senza distinzione.

Poniamo il caso. *A.* cede irregolarmente la lettera a *B.* Questi la cede regolarmente a *C.*, quale pure a sua volta la cede regolarmente a *D.* Questi, ultimo possessore, non pagato alla scadenza, agisce contro tutti.

Il corollario fluisce spontaneo dalla pienezza dei diritti che si concentrano nell'ultimo possessore della lettera di cambio. Quando le girate, qualunque siano, furono mezzo abile per operare il movimento cambiario e i terzi vennero trascinati in quest'orbita sino a produrre tutto l'effetto di cui la lettera di cambio è suscettibile, non è più permesso di criticare la forma delle girate, nè di misurare i gradi della responsabilità che vi sono annessi. Quindi *A.* è travolto egli pure nella solidarietà come tutti gli altri; e del pari ne risponde il signor *B.*, benchè il primo si atteggiasse mandante e mandatario il secondo, distinzioni che spariscono innanzi all'interesse superiore del commercio (2).

Da questo ginepraio di combinazioni è uscita conseguenza considerata nella prima parte di questo numero, che il mandato essendo già consumato nella trasmissione della lettera di cambio, se *B.* sarà costretto a rimborsare *D.*, acquista la proprietà e tutti gli effetti siccome a lui surrogato.

818. *Delle girate all'ordine, di titoli non costituiti all'ordine.*

La girata può immaginarsi fatta *all'ordine*, e contenere tutti i requisiti dell'articolo 223; il titolo però non essere costituito all'ordine nella sua creazione originaria, ma *a persona determinata.* Questa persona, seguendo l'uso dei commercianti, gira ad altri la lettera, e vi appone la solita divisa *all'ordine.* Suppongansi altre girate succedentesi nello stesso stile. Sono valide a tutti gli effetti commerciali? Che decidersi specialmente rapporto al debito del protesto per mancanza di pagamento alla scadenza? E se ne forma un punto di disputa assai curioso.

La questione prende diverso aspetto in quanto si osservi in relazione al soscrittore o creditore del biglietto, o in relazione ai cessionari.

Il titolo così formato non è destinato alla negoziazione; fra persone non commercianti non ha carattere commerciale, può assumerlo fra' commercianti. Ad ogni modo l'autore del recapito non ha creato un atto cambiario; nè voluto caricarsi di obbligazioni che non siano della natura dell'atto. Il titolo contiene una cessione di credito *a persona determinata* (secondo la ipotesi) o l'assegnazione di un debitore; il cedente, l'assegnante, non ha garantita la solvibilità del debitore, non si è onerato della responsabilità di un traente. Dal canto suo il cessionario deve adoperare in conformità dell'articolo 1539. Tutta quella mole di atti che si sviluppa dalle girate cambiarie quando il pagamento non ha luogo in un termine precisato, è fuori delle previsioni dell'autore del recapito; egli non volle il protesto nè le conseguenze di un protesto omesso: in una parola, le girate rapporto a lui sono come non esistenti.

Rispetto ai giratari la cosa è più grave. Non si dubita (V. NOUGUIER, n° 454) che iniziata una serie *di girate all'ordine* di recapito non

(1) Contro ciò che stimavano POTHIER (*De change*, num. 41 e 80), e SAVARY (Parere 41). Sono autori un pochino vecchi pel commercio odierno. Vi era della logica, ma troppo angusta: l'interesse del commercio ha la logica sua propria.

(2) Non tutti ne convengono. Se voi considerate *B.* un *commissionario* (come si è detto più sopra), *A.* non sarà che il suo committente: dunque come obbligare il committente verso i terzi? (RIVIÈRE, pag. 334). Più risposte possono darsi; ma la principale si è che il rapporto di committente e commissionario viene conservato fra chi fa la girata irregolare e chi la riceve; ma quivi il committente espose il suo nome, lo espose in qualità di girante, e i terzi lo hanno contemplato nel complesso delle loro garanzie.

Digitized by Google

costituito all'ordine, e tali girate essendo conformate alle prescrizioni dell'art. 223, non valgano all'effetto di trasportare il credito di cessionario in cessionario colla stessa virtualità di una lettera di cambio. Può considerarsi un contratto separato, rivestito delle forme cambiarie fra persone esercenti il commercio. Ciò rispetto *al movimento*, alla circolazione della carta; ma gli effetti della obbligazione non sono che quelli che convengono alla sua natura.

La legge ha create tre categorie di obbligazioni commerciali: semplici o comuni; trasmissibili all'ordine (1); cambiarie. Nella seconda categoria l'attitudine alla circolazione, mediante il motto *d'ordine*, è una concessione, una facoltà, non una necessità formale; nella terza è una necessità formale, non essendovi altrimenti documento cambiario. Se tale non è costituito, tale non diventa dalle sovrapposizioni di molti *all'ordine* appiccicati alle gire. La convenzione rimane semplice, commerciale se fra commercianti o per cause di commercio; una obbligazione nominativa. Quindi non protesto, non ricorsi, non garanzie di solvibilità di giranti, non decadenze, non insomma gli effetti cambiari.

819. Al num. 816 abbiamo osservata la trasmutazione in procura delle girate posteriori alla scadenza; in genere, tutte le girate irregolari patiscono simile degradamento, e la legge si crede benigna, non privandole di ogni effetto giuridico. Ma codesti mandatari creati dalla legge meglio che dalla convenzione, anzi malgrado la convenzione, non potranno risalire alla condizione di acquisitori legittimi e di proprietari, supplendo con mezzi estrinseci di prova ai difetti della girata?

Eccone uno dei più frequenti: che non risulti la menzione *del valore somministrato*.

È ritenuto da una dottrina che si può dire costante e generale (2), che il canone predicato — *la girata irregolare non aver l'effetto che di procura* — è d'indole meramente presuntiva, e la presunzione può esser distrutta *dalla prova contraria* per la quale si dimostri che il vero scopo della girata fu di trasferire la proprietà (3). Il giratario adunque sarà ammesso a provare di fronte al rispettivo girante di aver fornito il valore, non apparendo la menzione nella formola della girata.

La difficoltà comincia rispetto a coloro che, interessati come sono nella lettera di cambio sottoscritta in qualsivoglia qualità, hanno pure interesse di sostenere in principio la non sanabilità del difetto della girata, che molto giova ad essi sia e rimanga una semplice procura. In questo punto, abbandonato d'ogni direzione legislativa, si vide qualche screzio nelle Corti di Francia. È osservabile una decisione della Corte d'Orléans, giudicante in grado di rinvio, del 22 maggio 1844 (Nouguier, num. 460), in opposto a quella della Corte suprema nel medesimo affare (del 5 luglio 1843). Le prove estrinseche, ivi si disse, « peuvent être admises « pour établir au dehors de l'endossement la « réalité d'un transport d'un billet à l'ordre, « *lorsque le procès s'agit* entre *l'endosseur lui-« même et le porteur qui tient ses droits de cet « endosseur;* il en *doit être autrement lorsque « l'irrégularité de l'endossement est opposée par « des tiers*, tel que le souscripteur, le tireur « et le tiré ». Rispetto a costoro, diceva quella Corte completando la propria dottrina, *la prova della realtà e validità del trasferimento deve trovarsi nella girata medesima*, nè cercarsi al di fuori (4).

820. *Girate simulate a comodo.*

Il più onesto commercio si permette di girare delle cambiali fra amici per favore, e nulla vi ha d'illecito. Senonchè quando le cose vanno sghembe e si tratta di regolare i rapporti giuridici che la fittizia operazione non manca di produrre, è d'uopo rivolgersi a qualche teoria che vi guidi, non essendo sempre facile al criterio pratico cogliere il punto per risolvere la questione che si presenta.

Sotto più aspetti la cosa può essere esaminata.

1° Rapporto. *Fra il girante e suoi creditori col giratario.*

Il possessore in forza della fittizia girata

(1) *Lettere di vettura* (articolo 81); *polizze di carico* (articolo 389).

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Endossement;* Despréaux, num. 485; Dalloz, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 439; Vincens, tom. II, pag. 223; Nouguier, num. 438; Goujet et Merger, *Dictionnaire du droit commercial*, v° *Endossement*, num. 94, ecc., è innumerabili decisioni.

(3) Anche *a titolo gratuito?* È pure generalmente ritenuto — *essendo pur quello un modo di valore* — data la volontà delle parti o la natura dell'acquisto. Non sarebbe acquisto legittimo quello di cambiali il cui valore avesse causa in una donazione per atto fra vivi o d'ultima volontà? (V. num. 715).

(4) Del resto la giurisprudenza francese, non contraddotta mai dalla nostra, è così costante, se ne togli qualche rarissimo caso; tanto è il numero delle sentenze che la confermano (Vedi Nouguier, nota al num. 461), che non occorre altra osservazione. Il Codice di Wurtemberg nell'articolo 573 ne fa una disposizione espressa.

Digitized by Google

evidentemente non è che un mandatario in faccia al girante; un prestanome che potrà esser revocato a piacere del mandante (1), come d'altro lato sarà sempre tenuto a render conto.

Il proprietario si vale di tutti i mezzi di prova contro il prestanome arrogantesi la proprietà sotto il presidio della formola simulata. Lo stesso diritto appartiene ai creditori del proprietario malgrado le sue denegazioni che rivelano una collusione.

2° Rapporto. *Fra i creditori del girante e i creditori del giratario.*

Fatta la prova della simulazione, i creditori del girante procedono agli atti che tutelano il loro interesse. Ad impedire che il trattario non paghi la somma in mano al fittizio portatore, gli fanno un sequestro. Non è difficile l'abbattersi coi veri e reali creditori del portatore apparente, e si venga a contrasti.

I creditori di quest'ultimo e nella loro qualità, potranno forse opporre come barriera insuperabile la forma esteriore della girata, rigettando così pregiudizialmente ogni dibattimento sul fatto della simulazione? Essere un principio abbastanza fermo, diranno, che i terzi non hanno a preoccuparsi delle mene nascoste sotto una forma esteriormente perfetta; che il commercio non dev'esser tratto in inganno, e per esso la realtà dei fatti è l'apparenza.

Per vero se coloro che così favellano fossero acquisitori di buona fede dell'effetto commerciale, avrebbero ragione. Ma non è ad essi che appartiene l'allegare di aver creduto alla forma estrinseca e di averla seguita. Rispetto alla posizione in cui sono collocati nella controversia presente, essi rappresentano puramente e semplicemente la persona del loro debitore, e non possono avere dei diritti più ampi e maggiori. Allo stesso titolo potrebbero i creditori del girante sostenere di non essere che dei terzi. In effetto gli uni e gli altri sono nella medesima condizione giudiziaria; si palleggiano e si combattono coi diritti dei loro rispettivi debitori, e se occorre, in opposizione ad essi per dissipare le collusioni e giovarsi della verità.

3° Rapporto. *Fra il giratario fittizio, l'accettante ed i terzi.*

Quelli che hanno fatta la commedia, che hanno giuocato scambiandosi la posizione in una lettera di cambio, e i loro creditori, sono ammessi a disputarne fra loro. Ma *quid est* coll'accettante? *Quid* coi terzi giratari?

Questa volta risponderò colle parole di RIVIÈRE: « Sans doute l'endossement est fictif; « qui a le droit de se prévaloir de cette simu« lation? Le vrai propriétaire de l'effet. *Ce « droit n'appartient pas au débiteur.* Quant à « lui il existe un titre régulier qui constate le « droit de propriété de porteur; pour le dé« biteur, ce porteur doit être réputé le véri« table propriétaire. Quand le même, le por« teur, avouerait qu'il non est que le prête« nom de l'endosseur, les poursuites par lui « faites ne seraient pas valables, et ne de« vraient pas moins profiter à l'endosseur » (pag. 336).

Ma l'autore continua facendo la ipotesi di una manovra fraudolente, allo scopo verbigrazia di eludere la eccezione della compensazione, e domanda, non potrà di guisa alcuna il debitore (accettante) fare la prova che il giratario è un prestanome, una testa di legno, un gerente di giornale? RIVIERE si contraddice qui a due passi di distanza; dice non esser questa la sua opinione, ma credere che il debitore sarà ammesso a far la prova « donner « un autre solution, ce serait bien autoriser « les simulations fraudoleuses, et accorder un « prime d'encouragement à la mauvaise foi ». La frode e la collusione, finisce la sua morale dimostrazione, hanno sempre fatta eccezione a tutte le regole.

Non vorrei che la consueta gravità dello scrittore autorizzasse un traviamento troppo pericoloso e contrario ai principii della commercialità. Se si aprisse qualche spiracolo a un tale sistema, sicchè l'accettante (2) potesse cullarsi su eccezioni che feriscono la verità di un recapito cambiario esteriormente perfetto, non so dove si andrebbe a finire. Io rigetto questo sistema (3). Ciò che bisogna principalmente evitare quando si tratta di lettere di cambio, irreprensibili nella forma, sono le indagini, le ricerche, i tentativi più o meno efficaci di prova; che sono altrettanti fatti e proteste contro il rispetto e la presunzione giuridica di veridicità degli effetti commerciali. Si disputerebbe, si disputerebbe sempre; la circolazione sarebbe intralciata; nessun porta-

(1) A niuno sfugge come la posizione diversifichi da quella che risulta da girata *irregolare nella forma ma vera nella sostanza e nella realtà*, e quindi produttrice di effetti maggiori.

(2) Noi siamo in questa ipotesi, ma io estendo la risposta a qualunque altro obbligato nella cambiale.

(3) Vedi le cose dette in questo proposito al numero 721.

8 OTT. 1865

Digitized by Google

tore di lettera di cambio sarebbe mai sicuro di esser pagato il giorno della scadenza (1).

821. *Delle girate in bianco.*

a) La girata in bianco (colla sola firma del girante) è contenuta e giudicata irregolare nel generale disposto dell'articolo 224. Non è conforme *all'articolo precedente;* nulla di più vero; è dunque da riguardarsi come una procura.

È questa la deduzione che sembra discendere spontanea dall'articolo 224 nella sua relazione con quello che lo precede (2).

La girata commerciale, forse il più potente istrumento del cambio, non pervenne che tardi a spogliarsi dei caratteri della cessione civile, e ad emergere nella sua più semplice espressione. La girata in bianco è, si direbbe, la esagerazione del sistema. SAVARY se ne sgomenta; ne scandaglia i pericoli; addita le mistificazioni che la girata in bianco prepara nell'interesse di coloro che meditano il fallimento. La legislazione nostra, come la francese, non occupandosi di un modo convenzionale qualunque per cui la girata potesse venir integrata in tempo posteriore, e senza farne soggetto di disposizione particolare, fece comprendere *che la girata in bianco* sarebbe trattata come una procura.

Un fatto quotidiano e di palpitante interesse in commercio doveva, senza molto aspettare, offrire le varie sue fasi e produrre, per dir così, la sua propria teoria al di fuori o al fianco, se volete, della legalità scritta. Quindi, come opportunamente avvertiva il DALLOZ (3), si cominciò a distinguere, tra il fatto realmente conforme alla denominazione legale, e quello che nel fondo si trovava in opposizione con essa, quantunque non potesse sfuggire al precetto. Vi hanno girate in bianco che non sono che procure *nella intenzione medesima delle parti*, e allora nessuna difficoltà (4). O per la contrattazione avvenuta, la girata in bianco significava un trasporto di proprietà, si era ammessi a farne la prova *ab extra*, rimanendo però in faccia i terzi fermo e inalterabile il carattere della procura (5).

b) Per essere una procura la girata in bianco, non dimise però la sua attitudine alla circolazione; sotto il quale rapporto si considera come *una procura illimitata* (6).

c) La girata in bianco può essere riempita dal possessore stesso della lettera di cambio e in proprio favore.

È inutile fermarsi su ciò che assolutamente è fuori di contestazione (7). La facoltà è in quel mandato di fiducia che si dà colla stessa girata in bianco. È un tratto di abbandono verso un amico, che ha però meno pericoli di quello che si crede.

d) *Limiti della facoltà.*

Ma la ragione, l'onestà non impongono dei limiti nell'esercizio di un tale mandato? Sì. La legge stessa del commercio. Una girata non può essere che una girata, nè contenere elementi estranei, come l'introduzione di una riserva, di una condizione, restringente le naturali obbligazioni di un giratario, o estendere quelle del girante (8).

La girata in bianco colmata *dopo la scadenza* non trasferisce la proprietà; era una

(1) DÉHIZART (v° *Ordre*), mentre si riporta agli usi del commercio, dice: « L'usage est de ne pas « ordonner que les négociants porteurs d'ordres « et des lettres de change, soient tenus de répon- « dre et affirmer la sincérité de l'ordre, ou sur la « valeur qu'ils en ont fourni ». Poi lasciato questo fermo appoggio, e sedotto, se mi è lecito dire, dalla oltrepotenza del giuramento decisorio (citando gli articoli 1358, 1360 del Codice Napoleone) sembragli almeno questo supremo genere di prova potersi ammettere secondo le circostanze. Per certo il giuramento decisorio è il gigante delle prove, *ma conviene prima stabilire l'ammissibilità della prova.* MERLIN (v° *Endossement*, num. 4) porta una serie di pronunziati dei parlamenti che in casi consimili rigettarono anche la prova per giuramento.

(2) Conformi nella sostanza agli articoli 137 e 138 del Codice di commercio francese.

(3) *Effets de commerce*, sect. v, art. 2, n. 3, 4, 5.

(4) Gli effetti giuridici propri della procura furono da noi segnalati più d'una volta.

(5) VINCENS, lib. VIII, chap. IV, num. 4; PERSIL, all'articolo 138; ALAUZET, num. 878, ecc. lasciando delle tante decisioni che, quantunque variando coi casi, nel loro risultato confermano tali vedute.

(6) DALLOZ, *Recueil périod.*, tom. VI, pag. 641; Cassazione francese, 20 gennaio 1814 (SIREY, I, 193); 20 agosto 1817 (SIREY, I, 396); 20 febbraio 1816 (SIREY, I, 149); Bruxelles, 20 marzo 1810 (SIREY, II, pag. 237); Tolosa, 28 marzo 1826 (SIREY, II, 308); Parigi, 20 gennaio 1836; e fra le moderne, decisione della Cassazione francese del 10 luglio 1861, 21 dicembre 1864, 10 marzo 1865 (*Journal du Palais*, I, pag. 625), e molte altre.

(7) L'articolo 13 della Legge cambiaria austriaca autorizza letteralmente a riempire le girate in bianco, come girare la cambiale senza integrare la girata.

(8) Corte di Limoges, 10 marzo 1844 (SIREY, v. XLV, part. II, pag. 481), 23 marzo 1846 (Ivi, II, 263); Corte di Lione, 17 luglio 1849 (Ivi, II, 680; NOUGUIER, num. 473).

Digitized by Google

procura, e tale si rimane. L'articolo 224 non può avere altro senso. Prima della scadenza era la più vuota, la più irregolare delle girate; il giorno della scadenza la trovò nel medesimo stato. La circolazione era chiusa, i rapporti dei coobbligati erano stabilmente definiti (nº 816).

La girata in bianco non può essere riempita *dopo la morte o dopo il fallimento del traente o del girante*, in quanto dall'uno o dall'altro provenga la lettera di cambio. Così la teorica del mandato è conservata nella sua purezza. Nell'una e nell'altra evenienza il mandato cessò (1), e con esso la facoltà nel mandatario di variare la natura del proprio possesso, e di acquistare diritti ulteriori per una successiva esplicazione del mandato medesimo (2).

Può dubitarsi se, ignorandosi dal giratario la morte o il fallimento, l'integrazione della girata da lui fatta, e la trasmissione in altri per mezzo di girata regolare, siano atti validi e pienamente efficaci.

Il dubbio nasce dal rigore del diritto cambiario; rigore salutare e necessario su quel pendìo di ogni frode e di occulti maneggi, all'orlo di un fallimento. Vi sono interessati in gran numero creditori; terzi che vengono al magro banchetto del fallito coi loro titoli regolari e col più legittimo interesse di contrastare ai titoli equivoci e sospetti che sottraggono all'attività per favore d'individui.

È un problema che ci si presenta incidentalmente, e non possiamo dedicarvi apposito capitolo. Nondimeno saremo esatti, poichè la questione non è di lieve conto.

L'articolo 1762 del Codice civile si è esteso sino a regolare i fatti commerciali. « È valido « ciò che fa il mandatario in nome del man« dante nel tempo che *ignora la morte di lui*, « *o una delle altre cause* per cui cessa il man« dato, purchè siano in buona fede coloro coi « quali contratta » (3). Fra le cause per cui il mandato si estingue — *havvi il fallimento sì del mandante che del mandatario* (art. 1737).

Secondo le quali disposizioni che dominano il campo, parrebbe non vi fosse luogo a distinguere fra la morte e le altre cause ugualmente estintive del mandato, e che nell'articolo 1762 fosse l'eccezione scritta per tutte. Ma chi sottilmente guarda entro questo articolo, e comprende quale operazione si formi mediante la scritturazione *ex novo* di una girata in bianco, reputa la legge fuori di applicazione. « È va« lido ciò che il mandatario fa *in nome del man« dante* », laonde la circolazione della lettera, la riscossione del credito e simili che si operano *nell'interesse del mandato*, ed intenzionalmente *in nome del mandante*, sono contenute nella disposizione limitativa dell'articolo 1762 (4). Ma la trasformazione della girata o nuova formazione, che voglia dirsi, è forse qualcosa che si fa *nel nome del mandante e nell'interesse del mandato?* Io non lo credo. È ben vero, e io lo concedo ampiamente, che nel silenzio e nell'abbandono di una girata in bianco eravi un'alta significazione di fiducia, nella quale parola la vostra perspicacia vi mostrerà due sensi. Fiducia che il mandatario farebbe bene gli affari del mandante; fiducia che facendo i propri, il mandatario non sarebbe per commettere abusi. L'articolo 1762 non considera che il primo genere di fiducia e la sua sopravvivenza; ma il secondo, puramente negativo, non autorizza il mandatario a quelle cose *che non riguardano che l'interesse personale di esso mandatario e non del mandante*.

La legge civile ha bensì rivolto il pensiero *al mandato che cessa per fallimento*, ma non ha considerato, io dissi, la posteriore esecuzione del mandato se non nell'interesse del mandante medesimo. Meno che mai il legislatore civile ha pensato alla combinazione, da tutte le altre singolarissima, di una *girata in bianco riempita dopo il fallimento a favore del giratario* che si è trovato scoperto di fronte ai creditori del fallito.

Noi dunque restiamo fermi nella teoria del diritto commerciale, che *dopo il fallimento* la girata deve rimanere inalterabile; l'antidata che avesse manifesta intenzione di frode, sarebbe criminalmente punibile.

Ma ignorandosi o no dal giratario il fallimento, s'egli ha riempita la girata facendone la trasmissione a terzo di buona fede, è questi

(1) Articolo 1757 del Codice civile.

(2) Bédarride, num. 332; Cassazione francese, 18 novembre 1812, 28 marzo 1821; Corte d'Amiens, 20 giugno 1815.

(3) Cioè ugualmente ignoranti.

(4) Qui prego di avvertire che l'articolo 2008 del Codice Napoleone, come l'articolo 1880 del Codice delle Due Sicilie, come il 2011 del Codice piemontese non ebbero quella espressione *in nome del mandante*, che è molto significativa e anche *in tenui* rivela la sapienza della redazione. In quelli si diceva — *ciò che fa il mandatario* nel tempo che ignora, ecc. — La legge nostra meglio corrisponde agli insegnamenti delle Leggi romane 26 princ. e § 1, Leg. 29 e 58 Dig. mandati, Leg. 19 Dig. de donat.

Digitized by Google

validamente investito? Io ritengo, per argomento dall'art 1762, che debba concorrere la buona fede sì del girante che del giratario.

e) Più girate in bianco successivamente emesse valgono altrettante sostituzioni di procura; l'ultima girata, perfezionata, chiude la serie delle procure e fissa la proprietà (1).

822. *Della trasmissione manuale di una lettera di cambio, o di un biglietto all'ordine.*

Gli usi del commercio, il fatto per se stesso importante della trasmissione volontaria dell'effetto commerciale a persona colla quale si hanno in corso degli affari, reclamano la nostra attenzione sugli effetti giuridici che possono derivarne.

Le combinazioni sono varie e giova presentarne alcune delle più comuni (2).

a) Carlo possessore e proprietario dell'effetto commerciale in forza di regolare cessione, lo trasmette a Francesco; non si hanno documenti che provino il perchè di tale rimessa (3). Francesco può dal suo possesso argomentare la proprietà?

b) Carlo, possessore e proprietario come sopra, passa manualmente il recapito a Francesco; più, gli fa un giro in bianco (4). È questi fondato abbastanza per sostenere ragione di proprietario?

c) Carlo possedeva la cambiale per girata in bianco; egli la trasmette come sta, senza nulla aggiungere a Francesco che gliene paga il valore.

Nella prima specie si fa retto giudizio, non essere trasferita a Francesco la proprietà.

Due decisioni (5) così tennero per le principale motivo che il titolo stesso porta scritto il nome del suo proprietario: ostacolo insuperabile al detentore perchè gli sia lecito rivestirsene e valersene quale proprietario.

Anche la seconda proposta è stata decisa negativamente. Il motivo più saliente è dedotto dalla natura di una girata in bianco che la legge qualifica semplice procura. Io osservo che qui la tradizione del recapito è la cosa più insignificante del mondo, essendo questo il fatto naturale e indispensabile a chiunque gira in bianco una carta, quello di farne la consegna al giratario. Più tardi, Francesco diventerà proprietario se apporrà il proprio nome sul bianco della girata (6). Allora sarà tradotta ad atto la facoltà di nominare se stesso od altri, facoltà che si presume contenuta nell'atto (V. nº 821 per tot.).

La terza specie verifica la virtù giuridica della trasmissione manuale. Ma, io prego bene di avvertirlo, non perchè la consegna pura e semplice del titolo abbia veramente un significato (7), ma per la qualità del titolo. Carlo cos'era dopo aver ricevuta quella carta? Un procuratore, non un proprietario, ma un procuratore colla facoltà di crearne altri trasmettendo il mandato (costituito dalla girata in bianco): così vuole la natura dell'effetto commerciale in tale condizione. Aggiungiamo che il sig. Francesco è divenuto un proprietario, ma lo è divenuto per aver pagato il valore (come nella ipotesi), e non per altra ragione (8).

Io non conosco che un solo caso nel quale la tradizione di una carta di valore abbia significato vero intrinseco ed assoluto di trasportare la proprietà, e riguarda i titoli al por-

(1) Nouguier, num. 475; Corte d'Aix, 18 febbraio 1839 (*Journal du Palais*, pag. 376).

(2) E già decise come ora vedremo.

(3) Necessaria avvertenza, parlendo noi da una ipotesi astratta; e le prove fra le parti possono farsi d'altronde.

(4) Giro in bianco s'intende colla firma e somma, *senza la data e il nome del giratario.*

(5) Corte di Pau, 10 marzo 1840 (Sirey, tom. xlii, part. ii, pag. 81); di Metz, 14 luglio 1818 (Sirey, vol. xix, part. ii, pag. 47).

(6) Nouguier fa a questo punto una osservazione giustissima. Guai, egli dice, se *codeste tradizioni manuali*, e il possesso che ne consegue, provassero il trasferimento della proprietà! Nel piccolo commercio si consegnano fasci di gire in bianco per trovare chi le acquisti, ordinariamente ai sensali, che perciò non diventano padroni.

(7) Soltanto quella dei mobili ha un significato, poichè la tradizione in prenditore di buona fede vale trasporto di proprietà.

(8) Cassazione francese, 20 agosto 1837 (Sirey, vol. xxxvii, 1866). Ma per lo meno il motivo ha bisogno di essere spiegato.

« Dans cet état (sono le sue parole, nello stato « cioè di un effetto girato in bianco) le possesseur « pouvait en disposer sans qu'il fût nécessaire qu'il « y apposât sa propre signature; *que ces effets se « trouvaient dans les mêmes conditions que les effets « au porteur*, et qu'ils étaient transmissibles de la « même manière, c'est-à-dire par simple tradition « manuelle ».

Possibile che una girata in bianco sur un effetto commerciale sia confrontabile con *un titolo al portatore*, ne abbia la natura? Era una semplice similitudine che voleva farsi; *un recapito negoziabile girato in bianco si trasmette manualmente come un titolo al portatore*; invertendo l'ordine scritturale si è detto troppo: ciò, io credo, che non era nella intenzione della Corte.

Digitized by Google

tatore. Vi si aggiunge poi questa singolarità del diritto cambiario che concerne — *il titolo non munito che di girata in bianco provenuto da chi n'era il vero proprietario*, e che può figurare una specie di procura *a chiunque*, trasmissibile mediante la semplice consegna (1).

Stando dunque in questa singolarità, sorge una ricerca grave e della maggiore importanza in commercio, che non può aver luogo in ordine ai titoli costituiti al portatore. È noto che colui che consegna ad altri un titolo al portatore presta la sola garanzia della verità materiale: che il titolo non sia falso (2). Avviene forse lo stesso rapporto al trasmittente manuale di una carta cambiaria girata in bianco? *Non dovrà egli veruna garanzia al consegnatario?*

L'uso generale del commerciale distingue tradizione da girata per l'effetto appunto della garanzia. Il banchiere che senz'aggiungere il proprio nome sulla lettera di cambio ch'egli ritiene da un terzo colla girata in bianco, la cede *a mano* al proprio corrispondente, gliela invia per la posta con un mezzo qualunque, nel linguaggio del commercio dice: io non intendo di esser garante del recapito che vi trasmetto; vedetelo, e se vi piace, fate gli affari vostri.

Parlando di garanzia del trasmittente, si offre subito alla mente la distinzione, se nell'intendimento delle parti non siasi voluto che dare o ricevere un mandato, nel qual caso non agendo il consegnatario che per l'interesse del trasmittente, eziandio empiendo il giro per negoziare il recapito, non si tratterà più di guarentire la proprietà, ma solo del dovere del mandatario di render conto dell'operazione. Ma noi supponiamo che la cessione sia seria, onerosa, col pagamento del prezzo per parte del cessionario.

Allora si dirà, chi cede un valore, un credito, un'azione verso un corrispettivo, non può esonerarsi e andare sciolto da ogni e qualunque garanzia. Si ricorderà il disposto dell'articolo 1542 del Codice civile. « Quegli che « cede un credito o altro diritto deve garan« tirne la sussistenza al tempo della cessione, « quantunque questa si faccia senza garanzia »; o, come meglio dicevasi, deve garantire la realtà del credito: *debitorem esse præstandum*. È un dovere comandato dalla moralità dei contratti. Ammettendo pertanto che il cedere manualmente un recapito cambiario che da legittimo proprietario si ritiene con girata in bianco, equivalga al cederlo per tutti gli effetti utili, *ma senza garanzia*, la giurisprudenza francese (non però totalmente a se stessa concorde) (3) fa la più ampia limitazione a quella irresponsabilità del cedente, quando il credito non esiste in origine, *quando cioè il credito non sia reale.*

Veramente è luogo a dubitare se l'art. 1542 sia applicabile in fatto di commercio; *et quidem* in questa materia speciale e prettamente commerciale. Una volta la Cassazione francese ha detto che non ci aveva che fare l'articolo 1693 del Codice civile, che è il nostro articolo 1542 (4). Quella decisione, aspramente criticata, pare sia rimasta sola nel deserto. Io non sono facile a trasportare le disposizioni da un Codice ad un altro, persuaso come sono della loro indole e obbiettiva distinta; ma accetto i principii fondamentali del giure, uno dei quali è quello scritto nell'indicato articolo 1542. In qualunque modo si ceda la proprietà di una lettera di cambio o di un biglietto all'ordine, vuoi per girata perfetta, ovvero in bianco e perfettibile, ripugna all'onestà contrattuale che si ceda il sol d'agosto, il vento di marzo, il nulla.

Ma per intendersi su questa garanzia essenziale (la chiamerò così) del giratario in bianco (5), giova riassumere tutta la posizione di quest'ultimo.

Egli si è messo fuori, come dicono, della

(1) L'articolo 1538 del Codice civile nel capoverso dice che « il possesso si trasferisce mediante « la consegna del documento che prova il credito « o diritto ceduto ». Il *possesso*, non la proprietà che non si trasferisce che coll'atto giuridico della cessione.

(2) Non potendosi investigare a carico suo, per esempio, se l'emittente originario possa avere delle eccezioni da opporre, se la società che vi rilasciò quei titoli fosse autorizzata e simili.

(3) Corte di Pau, 24 luglio 1815; Cassazione francese, 31 luglio 1817 (SIREY, vol. XIX, part. I, p. 68), 20 dicembre 1821 (SIREY, t. XXII, part. I, pag. 137); Corte di Montpellier, 11 marzo 1845 (*Journal de Montpellier*, detto, 29 marzo 1845). La materia è poco trattata dagli scrittori. NOUGUIER, nella sez. III del cap. VIII, tom. I, ultima edizione di Parigi, ne fa una esposizione prolissa, confusa, non facile a raccogliersi.

(4) 22 febbraio 1848 (SIREY, tom. XLVIII, part. I, pag. 262). Una decisione discordante dalle citate.

(5) Spiegazione del logogrifo. *A.*, proprietario legittimo, cede in bianco a *B.*, e questo *B.* cede *manualmente, cioè senza giro e senza firma*, a *C.* della cui posizione si tratta (V. num. 822 in principio).

Digitized by Google

combinazione cambiaria. Rifiuta la solidarietà dei suoi preautori, non vuol rispondere di esiti sinistri, nè saperne di nulla. La catena delle obbligazioni cambiarie resta interrotta in lui, non però infranta. Gli obbligati precedenti permangono nella solidarietà rispetto all'ultimo possessore, e così i giranti posteriori in quanto abbiano assunta la responsabilità della girata. Ora torniamo sull'obbligo che può nonostante avere questo girante eccezionale rapporto *alla realtà del credito ceduto*.

Credo limitarsi tale obbligo, che in lui riconosco, a due eventi, a che il titolo sia falso in origine; o si dimostri aver agito con dolo e tratto in inganno il giratario.

Dico falso in origine, com'era la specie decisa dalla mentovata sentenza della Corte di Montpellier (1). Quanto al dolo, causa della negoziazione, non occorre insistere: la cosa è chiara; da siffatta radice non nascono diritti: se il traente era in prossimità di fallimento il girante lo sapeva e si sbrigò prontamente della tratta dipingendo con tutt'altro colore la situazione del principale obbligato, sul conto del quale il giratario occupato e lontano non poteva prender informazioni; e perciò il lesto fante si appigliò alla tradizione manuale per isfuggire alla garanzia, senza però dichiararlo espressamente per non destare sospetti; egli è manifestamente in dolo.

Fuori però di codesti due casi, io trovo che la significazione di una cessione puramente manesca e senza firma, è abbastanza intelligibile nella pratica commerciale, perchè l'acquisitore non abbia a dolersi delle conseguenze. Per lo più sono negozi che si fanno con sagrifizi di prezzo per parte del cedente, avendo pressochè un carattere aleatorio. Quindi il fallimento del traente, per non dire dell'accettante, avvenimento posteriore alla formazione del contratto cambiario, non può riportarsi all'origine per sostenere che *il credito non era reale* (2).

SEZIONE VII.

Della garantia in solido.

Articolo 225.

Coloro che hanno firmata, accettata o girata una lettera di cambio, sono obbligati in solido alla garantia verso il possessore.

Se però fu aggiunta alla girata la dichiarazione *senza garantia*, *senza obbligo*, od altra simile riserva, il girante non assume alcun obbligo di garantia.

823. *Principio della solidarietà. — Come il sistema cambiario, considerato nel suo insieme, modifichi la estensione di questo concetto.*

824. *Limitazione alla regola di responsabilità inerente alla condizione di girante di una let-*

---

(1) È bene conoscerla. Appariva che *V.* avesse formato un biglietto all'ordine di *O.* Questi l'aveva ceduto a *M.* in bianco. *M.*, senza riempiere la girata, trasmettevalo manualmente a *C.* che pagò il valore. *Il biglietto era falso. V.* non l'aveva sottoscritto. Quella Corte disse che *M.* era tenuto a indennizzare *C.*, e io lo ritengo, malgrado la decisione del 1848 suindicata.

(2) E in questo mi scosto da Nouguier, e da qualcuna delle citate decisioni.

Può avvenire che *il trasferente abbia regresso contro il proprio acquirente*, secondo le aggiustate osservazioni di C. Cattaneo, *Comm. alla Legge austriaca del cambio*, num. 207); ma talmente straordinario è il caso, che basterà farne cenno in questa nota. Lo dirò colle parole dell'autore: « Quando il giratario in bianco trasferisce la cambiale senza proprio giro colla mera tradizione, e l'acquirente la trasferisce di nuovo con suo giro, se la cambiale perviene al primo detto giratario in bianco (per nuovo acquisto), compete a questo il regresso contro qualunque girante, e quindi anche contro colui al quale trasferì la cambiale ».

Digitized by Google

tera di cambio, se il possessore ha abbandonate le garanzie ipotecarie aggiunte al credito cambiario.

E così dicesi di ogni altra cautela o rimedio anche legale, come se si fosse rinunziato al diritto dell'arresto personale.

825. *Si rivendica alla teoria la contrastata qualità fideiussoria dei giranti nel senso che è applicabile nell'azione cambiaria.*

826. *Clausole* — **senza garanzia** — *o* **non all'ordine.** — *Effetti di tali clausole nelle girate.*

---

823. La solidarietà è il nesso, il cemento, il fascio delle obbligazioni e la più potente guarentigia dei fatti di commercio. Civilmente parlando si presenta in obbietto l'individuo: l'individuo la cui obbligazione è sempre ristrettiva, e s'interpreta *in eo quod minus est:* il creditore non tutelando che il suo particolare interesse, deve stipulare espressamente, apertamente la solidarietà dei debitori; la protezione della legge guarda in particolar modo il debitore. In commercio, senz'abbandonare il debitore ad ingiusti arbitrii, la predilezione della legge si manifesta pel creditore. L'ideale del commercio s'incarna nel creditore. Assicurare il creditore equivale allo assicurare la sorte del commercio in generale, e diffondere lungamente la fiducia che n'è lo spirito e la vita. Come le obbligazioni che tendono a restringersi quando si ha riguardo alla singolarità, si estendono nel multiplo quando si ha bisogno di valutare nel complesso i mezzi opportuni e corrispondenti ad uno intento generale. *L'unione è la forza:* ecco la divisa del commercio; essa nell'aspetto d'attività crea le associazioni e costituisce il punto d'appoggio e la leva che cercò invano Archimede; il legislatore non può che stabilirne i nuclei nel sistema obbligatorio, ma l'idea della solidarietà circola per tutto il Codice.

Ne fu fermata la base nell'articolo 90 già esaminato (1). Quanto il legislatore s'interessa al destino della operazione cambiaria, tanto si tien forte al principio della solidarietà che troviamo di nuovo espresso a modo di regola generale nell'articolo 225.

Se non che questo articolo è meno generale di quello che suonano le parole; la *solidarietà* che annunzia, deduce le sue applicazioni dal sistema cambiario, ond'emerge fin dove arriva e dove si arresta questa comunanza o identità di obbligazioni che si chiama solidarietà passiva. Già l'articolo 205 ci aveva insegnato che *il traente ed i giranti sono garanti in solido dell'accettazione e del pagamento;* poi verrà l'articolo 254 a dirci quando per negligenza del portatore è per cessare non solo la solidarietà, ma l'obbligazione eziandio dei giranti. La solidarietà dei giranti del traente e dell'accettante parimenti non è unisona; si estende più o meno, è influenzata da casi diversi; laonde quando si scriverà con miglior metodo un nuovo Codice di commercio, è probabile che il troppo generale e infine poco esatto articolo 225 sparisca nelle disposizioni specifiche che meglio determinano la posizione delle parti (2).

824. Giova sapere se i giranti, che sono a considerarsi più presto fideiussori solidali che debitori principali, non isfuggano alla solidarietà e alla obbligazione nel caso già contemplato dall'articolo 1928 del Codice civile. « Il « fideiussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può aver « effetto a favore del fideiussore medesimo la « surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche, e « nei privilegi del creditore ».

Se il portatore della lettera di cambio o del biglietto all'ordine abbia sciolto volontariamente il debitore dalle cauzioni ipotecarie o pignoratizie; o rinunciato al diritto dell'arresto personale, non compete al girante opporre alle azioni del portatore l'eccezione del pregiudizio che gli è stato recato dallo stesso creditore o da qualche suo autore immediato?

a) È difficile comprendere il prestatore d'ipoteca se non nel traente, il quale non presentando una grande fiducia personale, nè potendo offrire un trattario di molta sicurezza, e la somma essendo elevata, non contenta il compratore della lettera se non colla garanzia aggiunta di una ipoteca. Come il creditore al

---

(1) L'articolo 90 è l'antitesi dell'articolo 1188 del Codice civile.

(2) Il sig. LISSONI ha fatto sventuratamente poche note sul Codice di commercio, ma rivelano le sue cognizioni sulla materia. Su questo articolo egli pure osserva che l'articolo 225 potrebb'esser fuso nel 205, ossia dei due articoli farne uno solo.

cui ordine è tratta la cambiale vi ha fatto assegnamento, indi i suoi cessionari furono allettati all'acquisto; ma, dopo un certo movimento, il possessore ultimo della lettera non essendo pagato il giorno della scadenza, eleva il protesto e si rivolge contro i giranti che gli oppongono la eccezione sopra enunciata.

Noi abbiamo messo in ipotesi l'abbandono *volontario* della cauzione, e così diremo di quel rimedio estremo che è l'arresto personale, che si reputa efficace poichè la legge lo mantiene e vi attribuisce della importanza. I giranti che al momento della cessione erano in possesso di quelle facoltà e le trasmisero ai loro successori, possono invocare, io credo, la indicata regola di diritto, il cui nesso s'incontra nell'articolo 1916 dello stesso Codice civile. « Il fideiussore che ha pagato il debito, « sottentra in tutte le ragioni che aveva il « creditore contro il debitore ».

Ma per le dottrine francesi, avrete torto. La Corte di Poitiers nel 24 agosto 1813 si decise contro il girante. E nell'11 febbraio 1817 la Corte suprema rigettando il ricorso, confermò le massime insegnate dalla Corte di Poitiers. È notevole quella che negava l'eccezione ai giranti, attesochè la regola scritta nel Codice civile *non riguarda che i fideiussori semplici e non i solidali*. Poi si fa un'altra confusione di cose, che fra breve verremo rivelando. Bédarride che ci rammenta quelle decisioni ci si adatta con molta docilità, e divide le altre opinioni erronee di quelle rispettabili magistrature (n° 549).

Vero è però che non mancava la ragione di dubitare. L'articolo 2037 del Codice Napoleone non si espresse sulla qualità del fideiussore, disponendo del resto cogli stessi termini del nostro articolo 1928. Ma vi era la stessa, se non più forte, ragione di decidere. La base di questa equitativa disposizione (1) è nella natura intrinseca della fideiussione; anzi quanto più estesa, la voce della equità si fa sentire di più perchè vi si attacca un maggior interesse. La legge napoleonica venne già riparata nel suo difetto dal Codice piemontese (art. 2074), scrivendo — *il fideiussore* ANCHE *solidario* (2). Il Codice italiano ha ritenuta la eccellente redazione che scioglie la controversia.

b) Ho volto la mente al caso più comune di una sicurtà ipotecaria data dall'autore della lettera di cambio (il traente), la quale cauzione, originaria com'è, tutela il credito nell'interesse di tutti coloro che se ne faranno successivamente acquisitori. Quindi venuta a mancare la guarentigia per fatto del creditore tutti gl'interessati a mantenerla sorgono contro di lui come un sol uomo, per rigettargli in faccia l'azione di credito, prevalendosi del beneficio dei fideiussori.

Dico — *tutti gl'interessati a mantenerla* — e non sarebbe lo stesso traente, debitore primario che ha dato l'ipoteca; e neppure il trattario che aderisce al pagamento in contemplazione soltanto dei suoi rapporti col traente.

Talvolta però la garanzia ipotecaria viene prestata da un cedente a favore del proprio cessionario che ne riceve gagliardo impulso a nuove operazioni, onde dopo breve tratto la carta cambiaria si vede circolare per molte mani. La rinuncia volontaria alla ipoteca può fingersi del cessionario stesso dopo qualche girata, o del portatore ultimo e creditore attuale. È chiaro che quei giranti e giratari che hanno preceduto colui che si fece dare l'ipoteca, non hanno qualità per reclamare perchè nulla hanno perduto. In condizione non diversa saranno gli acquisitori i quali vennero sull'orizzonte dopochè l'effetto commerciale per consenso dell'anteriore iscritto era stato spogliato dell'accidentale ipotecaria guarentigia, ed ebbero fede nelle persone dei segnatari (3). Ma gli aventi causa dal cedente che acquistarono mentre *era ancora accesa l'ipoteca*, opporranno validamente al rinunciante la eccezione del pregiudizio arrecato qualora, eseguito il pagamento, venga a ricadere colle sue azioni sui cedenti rispettivi (4).

c) Trattandosi d'iscrizione ipotecaria è

---

(1) Già stabilita nel diritto romano (Leg. 7 Dig. de exception.; Institut. de replicat., § 4; Voet, l. XLVI, tit. I, num. 9; Fabro in *Cod.*, l. IV, t. XXVIII, defin. 6).

(2) Il che avvenne al Codice delle Due Sicilie, che serbò la dizione francese nell'articolo 2037; ma non si ebbe tempo di pensare a riforme. Similmente il Codice civile di Parma (articolo 2066). Il Codice civile di Modena, prevalendosi della esperienza e della lezione data dal Codice sardo, comparendo nel 1851, vi si conformò nell'articolo 2034.

(3) Inutilmente si direbbe ch'essi ignoravano l'abbandono della ipoteca. Oltrechè la iscrizione ipotecaria è atto patente e non ignorabile da chi vi ha interesse, si presume sempre che niuno ignori le condizioni del credito che acquista, rimosso il dolo.

(4) Esempio. *A.* che possiede una lettera di cambio la vende a *B.*, che vuole da lui un'ipoteca. *B.* vende a *C.*, questi a *D.*, il quale a quel punto libera *A.* dall'ipoteca. Poi gira la cambiale ad *E.*, e questi ad *F.*, ultimo possessore. Non pagato dal trattario, ed esercitando *F.* le sue azioni, avviene che *D.* paga,

Digitized by Google

più facile a concepire la trascuratezza, l'errore, che la rinuncia. E le conseguenze non sono diverse. Niuno domanderà conto all'ultimo giratario se non ha conservata la iscrizione; le sue azioni contro l'accettante e contro il traente non saranno meno esperibili. Ma egli autorizza la eccezione che i giranti potranno opporgli, come si è già osservato. Di guisa che ogni giratario che acquista la tratta con quel conforto della ipoteca, è in obbligo di conservarla onde restituire impregiudicate le azioni verso i cedenti sui quali volesse reagire in difetto di pagamento.

d) Ma l'annullamento dell'iscrizione potrebb'esser conseguenza di un vizio esistente in origine, e allora niuno dei successivi acquisitori sarà tenuto, nè i cedenti potranno sollevare la eccezione del pregiudizio; poichè in effetto non vi fu mai iscrizione, e non era che apparente.

Le cose che veniamo dall'enunciare rapidamente potranno, colle congrue distinzioni, applicarsi al caso più specialmente esaminato dalle sentenze indicate e in altri ancora per qualunque fideiussione e cautela che si fosse trascurata.

825. Non tutti però ravvisano nei giranti la qualità di fideiussori solidali; di chi mai sono fideiussori, essi dicono? (1). Non per verità del traente; e si teorizza la solidarietà dei giranti essere sostanziale, propria, vale dire solidarietà di debitori principali. Così si decide, come suol dirsi, la questione colla questione, e si fanno delle frasi. È facile scambiare i termini e confondere le idee in questo gruppo di rapporti cambiari. Il debitore veramente principale, lo abbiam detto tante volte, è l'accettante (articolo 208). Il traente ed i giranti *sono garanti in solido* del pagamento (dice l'articolo 207); veri fideiussori del trattario, abbia o no accettato; tutti costoro rispondono del pagamento, se il trattario non lo eseguisce nel giorno destinato. Comunque solidali, sono debitori supplementari, stantechè il creditore deve prima presentarsi al trattario, protestare, ecc. Ecco delineata la loro posizione di garanti; ma non si tarda a vedere *che nel traente l'obbligazione è duplice; semplice nei giranti*. Il traente, quando i giranti sono disobbligati per negligenza del portatore, continua ad essere obbligato in quanto deve provare di aver fatto la provvista dei fondi. Il traente, debitore d'origine, al quale non può profittare l'ipoteca per avventura aggiunta al credito, non può in conseguenza giovarsi dell'eccezione, competente a semplici giranti nel caso spiegato al numero precedente: e in questo modo, secondo a me pare, le idee rimangono chiarite (2).

826. Oggi questi principii di ragione commerciale, fecondi sempre di conseguenze, ricevono ampia conferma nella seconda parte del nostro articolo 225. È un portato della nuova legislazione commerciale, non inventato (perchè non s'inventa in legislazione), ma raccolto dall'esperienza, quindi non articolo di fede prima di questo tempo (3).

La *garanzia* (4), che è la regola in diritto commerciale, e la limitazione in diritto civile, può essere declinata mediante la dichiarazione autorizzata in questa legge, per la quale si dimostra che la responsabilità dei giranti non è essenziale e integrativa della negoziazione cambiaria, e non requisito d'ordine primario.

Una simile restrizione non ha nulla d'illecito, disse la Cassazione di Francia; e vale non solo per il girante attuale, ma eziandio a favore dei giranti avvenire, i quali cedendo *simpliciter* la carta e senza nuove aggiunte, s'intendono appropriarsi i vantaggi annessi a tale dichiarazione (5). I futuri acquirenti hanno perfettamente chiara la situazione del recapito; sanno di non poter contare sulla garanzia dei giranti. La clausola *senza garanzia* fa supporre il contratto aleatorio; qualche volta è una cessione incorrispettiva, liberale, la quale però, contenendo i requisiti della perfetta gi-

e così surrogato nei diritti del possessore, si ritorce contro *B.* e *C.*, che gli rinfacciano la cancellata ipoteca e le manomesse guarentigie sulle quali avevano contato.

(1) PERSIL, all'articolo 1290 del Codice di commercio francese.

(2) Vedi anche il nostro numero 774.

(3) La legge di cambio austriaca ci aveva prevenuti nell'articolo 14 e nell'articolo 15; sopravanzò anche la presente nostra, come diremo più sotto.

(4) Intendi sempre della solvibilità, dell'esito della operazione cambiaria e del pagamento. Poniamo questa avvertenza in rapporto colla garanzia della realtà di cui al num. 823.

(5) Decisione dell'11 dicembre 1849 (presidente, PASCALIS; relatore, RENOUARD; avvocato generale, NOUGUIER, fratello dell'illustre autore di questo nome. Conforme PARDESSUS, *Cours du droit commercial*, num. 348; MASSÉ, *Droit commercial*, n. 91. Altre legislazioni concordano: Codice di commercio russo, articolo 321; Legge di Francfort, § 28; della Svizzera (Cantone di Zurigo), § 28, ecc.

Digitized by Google

rata, sebbene ristretta in ordine agli effetti, non è meno traslativa della proprietà.

Torniamo un momento sul pensiero espresso, e che non è senza importanza. Chi sottoscrive la girata colla clausola *senza garanzia*, si disobbliga verso il giratario; e questi a sua volta cedendo ad altri l'effetto commerciale senza ripetere la stessa clausola, non dovrebbe trovarsi in condizione diversa. I diritti si presumono ceduti nella condizione giuridica in cui si trovano, e nello stesso modo acquistati quando il documento che si cede esprime questa condizione medesima. Per contrario se la dichiarazione non risultasse dalla carta cambiaria, benchè tale fosse l'accordo preso fra il girante e il giratario, non è meno facile il concludere che la convenzione non sarebbe mai opponibile ai terzi giratari di buona fede.

Ma per chiudere la serie degli acquirenti e fermarsi all'ultima negoziazione, il girante che ha espressa la non garanzia, può anche esprimere la sua volontà che la circolazione non abbia ad aver seguito, mettendo fra le ruote il bastone colle parole *non all'ordine*, o altra frase equivalente. Egli è nel suo diritto, poichè o non si cede un credito, o si cede come si vuole, non ostando la legge. Siffatta clausola introdotta nella lettera di cambio posteriormente alla sua creazione, certo non può immutarne la natura e fare che il titolo non sia cambiario. Esso potrà dunque continuare la sua marcia malgrado la proibizione di un girante. Ma qual effetto sarà per seguirne? Noi supponiamo che non esista la clausola senza garanzia, ma solo quell'altra — *non all'ordine*. Il girante che per primo ha emessa tale dichiarazione è bensì responsabile verso il proprio giratario delle negoziazioni *anteriori*, ma non risponde più delle negoziazioni *posteriori*. Ha la responsabilità del passato, ma tale responsabilità si compie e finisce rimpetto al suo giratario immediato. Quindi il secondo giratario e gli altri che verranno, non hanno regresso contro di lui, benchè mantengano le loro azioni contro tutti gli altri segnatari. Ed è ragione, poichè il tenore della girata li faceva ammoniti in qual limite quel girante volesse restringere la propria obbligazione (1).

SEZIONE VIII.

Dell'avallo.

Articolo 226.

Il pagamento di una lettera di cambio, oltre l'accettazione e la girata, può essere garantito con avallo, ossia coll'obbligazione di un terzo.

Articolo 227.

Tale garantia è data sulla lettera stessa o per atto separato.

Chi dà l'avallo, è obbligato in solido e per gli stessi mezzi che il traente ed i giranti, salvo le diverse convenzioni delle parti.

927. *L'avallo può farsi per atto separato. Sistema ecletico seguito dal legislatore commerciale fra le opposte opinioni; ragioni che lo giustificano.*

928. *Chi garantisce verbalmente il pagatore di una cambiale, non si obbliga per avallo; e neppure commercialmente con effetto di solidarietà, ma per fideiussione semplice.*

(1) Questa dottrina, che io credo praticamente certa, si compendia nell'articolo 15 della legge cambiaria austriaca.

Qui mi conviene avvertire che il giratario senza eccedere i termini della convenzione può bensì cedere il credito *nelle forme civili*; ma è noto che in questo caso sono molto diverse le responsabilità del cedente che non garantisce la esigibilità.

Digitized by Google

829. *L'avallo o sia simultaneo alla lettera di cambio, o separato, produce le stesse conseguenze giuridiche. Confutazione di una dottrina d'*Alauzet.

830. *L'avallo, onde produrre tutti gli effetti cambiari di cui è suscettibile secondo la sua natura, dev'essere specifico, avere cioè una contemplazione diretta al titolo per esso guarentito.*

831. *Facoltà che ha il dator di avallo di limitare la propria obbligazione.*

832. *L'obbligazione dell'avallante è più o meno estesa secondo il grado che ritengono nell'obbligazione cambiaria le persone da lui garantite.*

E come ad esse, le stesse eccezioni e gli stessi diritti competono all'avallante.

833. *L'avallo dopo la scadenza della lettera di cambio non ha valore che di fideiussione semplice.*

834. *Lettere di raccomandazione e di credito.*

---

827. L'avallo (1) vuol essere scritto sulla lettera di cambio, o deve farsi per atto separato? Due sistemi si trovarono in presenza e si escludevano. L'art. 142 del Cod. di comm. li forzò a darsi la mano. Il secondo propugnando con proposito avvertito la separazione degli atti, diceva che le persone che non professano il commercio non intendono bene quella formola compendiosa, severa, troppo tecnica (2). Per gli altri all'incontro l'avallo deve proprio portarsi sull'effetto commerciale che si guarentisce; con ciò solo la garanzia assume il suo vero carattere; ha quella manifestazione che si richiede onde ogni acquisitore sia istrutto della vera condizione del recapito; la garanzia secreta rapporto ad un atto che nasce vive e prospera nella pubblicità, è un controsenso; ha un certo che di abusivo; impone delle difficoltà perchè il documento della sicurtà si dovrebbe cercarlo chi sa dove; può prestar adito ad infingimenti appunto perchè la sua esistenza non è palese (3).

Parte di vero vi ha nell'una e nell'altra opinione, ma chi governava le sorti della prima legislazione commerciale comprese che ognuno esagerava per conto suo. Per quanto riguarda la seconda opinione che sembra meglio fondata, basta avvertire, che l'apposizione comandata dell'avallo sullo stesso effetto commerciale, sarebbe un forzare la mano ai commercianti con una specie di tirannia legale insopportabile. Le cambiali garantite non sono mai le migliori. Il nome che ha avuto bisogno di comparire in pubblico sulle grucce dell'avallo è già in discredito. Bisogna dunque lasciar fare, e l'articolo 227 s'inspira a questo grande principio economico, facciano i commercianti l'avallo secondo il loro meglio. Non temete che l'avallo sia un imbarazzo; esso verrà fuori al momento opportuno, e potrà benissimo determinare, in certe contingenze, l'acquisto della cambiale. Oltrechè con assai verità si è detto che l'avallo è un atto di natura comprensivo, può abbracciare una serie di biglietti in un solo esemplare e con una sola firma.

Perciò si sono saviamente accettate amendue le combinazioni. L'avallo separato suole annettersi alla lettera o biglietto per farsene la consegna contemporanea al giratario; se comprende la garanzia di più effetti variamente negoziati, se ne farà deposito presso notaio.

Un'altra buona ragione ha avuto il legislatore per esprimersi come ha fatto. Ha qualificato *vero avallo* quello che apparisce da atto separato: da scrittura, da lettera missiva, ecc. Non pochi pensavano che la obbligazione non corredata di quella stessa forma commerciale, che è propria della lettera di cambio o del biglietto all'ordine, non fosse che un'obbligazione civile (4).

---

(1) *Avallo* — *che fa valere* (assicura la lettera di cambio), Jousse e Bornier, annotazioni sull'articolo 33 dell'Ordinanza; Locré, annotazioni sull'articolo 11.

(2) Solita ad esprimersi colle parole — *Buono per avallo* — N. N.

(3) Jousse e Savary, interpretando la Ordinanza del 1673 mostravano che l'avallo deve stare sullo stesso recapito commerciale. Pothier (*Contratto di cambio*, num. 50), disse che uomini pratici del commercio lo avevano assicurato che omai tutti gli avalli si facevano per atti separati; ma poi all'articolo 125 dello stesso trattato, seguendo un parere di Eineccio, osserva (secondo me con poca coerenza) che se alcuno si fosse reso fideiussore, *non già col mezzo di un avallo* (avvertite la frase), *ma con un atto separato*, conserverebbe le sue eccezioni personali e non sarebbe soggetto all'arresto, meno che non fosse socio di colui che ha garantito.

(4) Dalloz, *Effets de commerce;* Persil, sull'articolo 142; Cassazione francese, 26 febbraio 1819 (Sirey, I, pag. 268).

Digitized by Google

828. La legge permette l'atto separato; e con ciò stesso dice chiaramente che si vuole la *prova scritta*, come si vuole in generale per gli atti cambiari che denno avere in se stessi la loro dimostrazione. Ma non avrebbe verun effetto la promessa verbale? Non credo poterai venire a tale conclusione; ma quale ne sarà l'effetto?

Pietro che esita nell'acquisto di una cambiale segnata da un Paolo ch'egli non conosce, si decide ad acquistarla perchè il suo amico Giovanni, persona di credito, gli risponde; si può andar sicuro, *io garantisco*.

Questo *io garantisco* non può essere uno scherzo (i commercianti non scherzano mai), nè mancare di qualunque conseguenza giuridica. Ma entriamo nella linea delle promesse verbali: saranno adunque ammesse prove verbali. Forse a stabilire la esistenza dell'avallo? No, ma a stabilire la promessa e null'altro.

Sulla qualità dell'azione esercibile la questione si suddivide. Può il sig. Pietro obbligare Giovanni a fornirgli un avallo regolare nel senso cambiario? O deve contentarsi dell'obbligazione di Giovanni, siccome sta, per valersene il giorno in cui Paolo, il trattario, non faccia il pagamento?

Nouguier toccando di fuga la questione nel n° 509, la risolve senza esame e con una conclusione che non conclude. La parola, egli dice, non sarà impunemente violata, e si avrà un'azione di danni ed interessi contro il mancatore. L'azione di danni ed interessi è sempre pronta a comparire quando non si sa quale definizione dare ad un obbligo giuridico.

Il vero si è che Giovanni ha prestata una fideiussione, *ma non una fideiussione commerciale*. Quindi Pietro non può domandargli un avallo in forma, perchè Giovanni non ha voluto assumere tanta obbligazione. Non si tratta neppure di azione di danni ed interessi, almeno principale. È una garanzia personale, sussidiaria, d'indole civile, non solidale quindi e non impressionata del carattere cambiario. Perciocchè non ripugna che una garanzia fideiussoria, addietta ad una obbligazione commerciale o anco cambiaria, sia meramente civile. Anche le fideiussioni sono atti volontari che si accordano nella misura che uno crede di accordarle.

Non mi fa ostacolo che qui la convenzione passi fra due commercianti, nè vale mi si opponga l'articolo 3, n° 3. Anche un commerciante può fare una garanzia non commerciale a favore di uno commercialmente obbligato (1). La legge c'impara come si fa *un avallo:* la sua base è la scrittura, e non riconosce altra forma. Chi garantisce verbalmente non presta un avallo e non vuol prestarlo; quindi il carattere eminente della solidarietà attaccato all'avallo non esiste; e la fideiussione non può avere effetto che di una fideiussione semplice, propriamente detta, e sussidiaria (2).

829. Si è notato superiormente che la legge facendo speciale oggetto della sua disposizione la separazione dell'atto di avallo ne ha determinata l'importanza spiegando con tutta chiarezza che *gli effetti dell'avallo per atto separato sono identici a quelli dell'avallo simultaneo*. Fra i quali effetti primeggia il più serio, il più temuto, l'arresto personale (3).

Tuttavia vuole introdursi una distinzione. Se persona non commerciante emette avallo sulla stessa lettera di cambio, sì, signore, è tenuto a subire l'arresto personale. Di ciò non si dubita, essendo cosa dimostrata dall'articolo 727, n° 3 (4). Se però l'avallo è dato per atto separato, secondo il parere di molti, bisogna prendere una conclusione diversa. Ma non si può far forza alla troppo chiara lettera della legge (art. 227, p. II). L'art. 142 del Codice di comm. franc. è nel medesimo tenore, e pareva proprio non potere il legislatore dire di più o meglio per far intendere che l'avallo partecipa della natura dell'atto cambiario, eziandio non compresovi. Ma noi giuristi siamo gente acuta; le distinzioni sappiamo trovarle. Tutto ciò, dice Alauzet (n° 894), vale pel *modo di procedere e non pei mezzi della co-*

(1) Cioè non cambiaria se il titolo è cambiario, non solidale se il titolo è commerciale. Ma come commerciante di professione sarà soggetto alla giurisdizione di commercio.

(2) L'espressione di un avallo non è prestabilita dalla legge in modo formale. Oltre quella *buono per avallo*, indicata in altra nota, si dice talvolta *per cauzione — per pagare — come principale*, ecc. La *sola firma*, il che è notevole, significa avallo, poichè la firma d'estraneo, *di terzo* alla obbligazione, non avrebbe altro significato. Ciò è piano in commercio. Pothier, *Cambio*, num. 50; Bornier, Annotazioni all'art. 33 dell'Ordinanza; Merlin, *Repert.*, v° *Aval.*; Nouguier, n. 510; Pardessus, n. 396, ecc.

Sulla differenza *fra il sottoscrivere un avallo e promettere semplicemente un avallo.* — Vedi Vincens, tom. II, pag. 231; Pardessus, num. 395; Persil, all'articolo 142, num. 6. Ma nel caso attuale si è già osservato che non si era promesso l'avallo.

(3) Eccetto la donna in quanto non possa obbligarsi cambiariamente.

(4) E già concorde nella sentenza degli scrittori,

Digitized by Google

strizione, nè si può andare sino a sostenere che l'arresto personale sia applicabile *di pieno diritto* in ogni caso e in ogni circostanza, se è vero che le donne non commercianti ne sono esentate. La materia è *sì esorbitante*, che ben farebbe d'uopo una disposizione *più letterale e precisa* per farci abbandonare la mitezza delle regole comuni del diritto, quantunque si ammetta che anche in questo caso l'avallante sia soggetto alla giurisdizione commerciale (1).

A siffatta stimativa parmi persino soverchia la confutazione. In che si discerne *il modo di procedere dai mezzi della costrizione?* Forse perchè l'esercizio è bensì commerciale rispetto alla giurisdizione, ma l'esecuzione è meno energica e, per dir così, meno oppressiva? Perchè mai quando la legge attribuisce a due atti di forma diversa un'efficacia assolutamente identica, l'interprete si crede autorizzato a distinguere, il che equivale al negare questa medesima efficacia identica? L'abuso della formola (così frequente nell'applicazione) *di pieno diritto* qui si mostra evidente. Se vi hanno persone eccettuate e non capaci di obbligarsi per avallo nel senso proprio della parola, come le donne non commercianti, gli inabilitati, ecc., ciò non detrae alla completezza e generalità del disposto, perchè ogni legge che assegna a certi atti commerciali effetti corrispondenti alla loro natura, suppone capacità di obbligarsi. Nulla vi ha di esorbitante nello attribuire ad obbligazioni motivate dall'intenzione medesima, dirette al medesimo scopo, parità di conseguenze, per quanto le conseguenze, nell'interesse del commercio, siano rigorose.

830. L'avallo è una cauzione di natura propria e peculiare al commercio cambiario. Non solamente si diparte dalle norme statuite alle fideiussioni della legge civile; ma si differenzia altresì dalle altre malleverie commerciali non cambiarie, quanto le operazioni cambiarie si distinguono nel loro sviluppo e nelle loro conseguenze dalle semplici commerciali.

Considerato nella sua pienezza, e si direbbe nella sua maggior perfezione, l'avallo è l'intera obbligazione cambiaria, toltane quella che è inerente alla qualità di trattario o accettante; e difatti la legge nell'articolo 227 parifica l'avallante al traente o ai giranti, e li ritiene passibili degli stessi mezzi.

A conseguire questo complesso di risultati è primamente necessario trovarsi nei termini della legalità. Così l'avallo per atto separato è bensì valido ed efficace, ma deve constare da scrittura, che è la sua condizione di legalità, altrimenti vale malleveria semplice, che non ha punto la forza di un avallo, come fu mostrato al n° 828.

A decidere se la malleveria sia propriamente e a rigor di termini un avallo, quantunque forse ne porti il nome, si presentano due criteri che verremo esaminando: 1° la specifica determinatezza dell'avallo e la sua chiara e pronta applicazione al titolo negoziabile; 2° l'intenzione stessa del dator d'avallo.

Parlando del primo criterio, riscontriamo dottrine che non ammettono la forma generica dell'avallo, ma lo vogliono minuto e specifico quanto la stessa lettera di cambio, della quale deve indicare la data, la somma, i nomi, tutto quanto insomma si legge nel titolo del quale viene a far parte integrale (2).

È nello stile dei commercianti di garantire in anticipazione e in genere titoli cambiari non ancora esistenti, avendo cura però di precisare il limite della somma entro la quale l'avallante intende obbligarsi. Altre volte si sta più nel largo e si garantiscono gli effetti di una negoziazione assunta in credito da qualche banchiere che non si fida della parola del solo accreditato. Nell'uno o nell'altro modo sono garanzie riferibili a titoli commerciali e negoziabili da crearsi in futuro, benchè preveduti e considerati come le emissioni più importanti che saranno per farsi.

Indi nasce una disputazione confusa e negli effetti gravissima, se tali garanzie siano avalli veri e propri, quanto dire muniti di tutti gli effetti giuridici loro destinati dall'art. 227; se

(1) Su questo punto, oltre ALAUZET, num. citato, e LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 142, PARDESSUS, num. 397, che riconosce nell'avallo parità di conseguenze colla principale obbligazione, molte decisioni francesi stanno per l'una e per l'altra parte. — *Contro la nostra tesi:* Corte di Rouen, 22 dicembre 1840 (*Journal du Palais*, vol. XLI, p. II, pag. 86), e 29 dicembre 1846 (SIREY, vol. XLVIII, part. II, pag. 706); Bordeaux, 17 marzo 1845 (Ibi, vol. XLVII, part. II, pag. 123); Parigi, 14 marzo 1846 (*Journal du Palais*, II, pag. 593); Lione, 6 agosto 1846 (Ibi, II, pag. 649); Caen, 24 gennaio 1848 (SIREY, vol. XLIX, part. II, p. 224); Amiens, 15 giugno 1835 (Ibi, II, pag. 590. — *A favore:* Bruxelles, 17 marzo 1842; Grenoble, 24 gennaio 1829; Parigi, 8 luglio 1842 (*Journal du Palais*, 1843, part. II, pag. 308), e 13 novembre 1844 (Ibi, vol. XLV, p. II, pag. 276); Rennes, 7 maggio 1845 (SIREY, v. XLVII, part. II, pag. 125); Poitiers, 16 dicembre 1847 (Ibi, vol. XLVIII, part. II, pag. 684); Parigi, 11 giugno 1849 (Ivi, part. II, pag. 452).

(2) PERSIL, Commenti all'articolo 142, num. 6.

accompagnando la carta cambiaria nel suo corso circolante, siano allegabili dai terzi portatori; o abbiano qualche cosa di più limitato e personale.

La giurisprudenza non è stata concorde su questo punto. Si rammenta una decisione della Corte di cassazione francese, del 24 luglio 1816, la quale ritenne non esser indispensabile *la specificazione delle tratte* mallevate con avallo. Il Dalloz cita due decisioni della Corte di Bourges, del 23 agosto 1823 e del 9 aprile 1824, ed una della Corte suprema di Francia in questo senso; intese cioè a stabilire in principio che si può garantire per avallo il pagamento di effetti commerciali, o prossimi a crearsi, o anche previsti in una certa possibilità meno prossima (1).

Quasi contemporanea alla prima delle indicate decisioni, ne usciva una contraria della Corte di Brusselle (nel 27 luglio 1816) non potersi quale avallo profittevole ai terzi portatori considerare la cauzione data da taluno per il pagamento di tratte non determinate.

Erano state garantite da *A. B.* a favore della casa di Londra *G. L.* dei recapiti commerciali per la somma di 6000 sterline; fino a 3000 i recapiti esistevano, non vi erano ancora le tratte per le altre 3000. Non so quale possessore di una delle tratte invocasse a proprio profitto quella garanzia che chiamava avallo. La sua pretesa non venne esaudita. « Qu'on ne peut déterminer sur quelles traites « taxativement tomberait ce cautionnement, « et que les porteurs ne pourraient pas justi- » fier que ce sont leurs traites, plutôt que « d'autres qui ont été cautionnées ». E si concluse tale cauzione non essere un avallo, e non profittare che alla casa *G. L.* di Londra che l'aveva stipulata.

« L'aval est une garantie *sui generis* qui « s'attache *au titre plutôt qu'à la personne* « dont il fait en quelque sort abstraction; qui « reçoit son caractère même de la nature de ce « titre, puisque suivant la forme adoptée qu'il « s'agira d'un effet commercial ou non, sa sous- « cription sera un aval ou une simple garantie « civile ». Trascrivo questo eccellente passo di Bédarride (nº 365) sembrandomi bene in esso ritratta la natura dell'avallo (2). Se l'avallo è sulla cambiale, niun dubbio ch'esso è tanto specifico quanto la cambiale stessa a cui si applica; se il legislatore avesse preferito il sistema dell'avallo nella lettera di cambio, qual dubbio sulla sua determinazione specifica? La separazione dell'atto di avallo concessa a maggiore comodità non deve però alterarne la essenza che consiste nella sua applicazione concreta all'effetto commerciale che ricopre della sua garanzia. Non si può presumere che la legge abbia voluto discendere a una concessione ulteriore, e sancire un avallo generico.

La garanzia generica di una negoziazione cambiaria in corso, o anche futura, si capisce perfettamente, nè si possono allora precisare gli effetti commerciali che potranno in seguito venirsi creando secondo il bisogno. Ma a favore di chi è data una tale garanzia? Non già a favore di tutti quelli che saranno per acquistare le tratte, esistenti e non mentovate nell'atto di cauzione, o non esistenti e future, ma *a favore della persona che apre il credito* (nella ipotesi suindicata) s'impegna di fornire all'accreditato mezzi pecuniari o cambiari per sostenere il di lui commercio (3).

La grave differenza di questo *conclusum* è manifesta. Coloro che sono entrati nella negoziazione cambiaria non hanno mai creduto, nè potranno mai in seguito concepire il pensiero di possedere un avallo nel quale ripararsi in caso di disgrazia. Verso loro e per quanto riguarda il loro interesse, nulla è stato guarentito, nulla è stato promesso.

Insomma noi siamo partigiani della opinione che l'avallo debba avere *una contemplazione specifica al titolo guarentito*, non poniamo però la massima soverchiamente rigorosa, sostenuta da Persil (V. la nota superiore), e neppure la necessità che la sua formazione sia posteriore (4).

Io ritengo che la materia sia dominata da

(1) Dalloz accenna a quei giudicati, ma non si associa a quella opinione, come gli rimprovera poco esattamente il Persil nel luogo *supra*.

(2) Non accetto però l'ultima formola — della semplice *cauzione civile* — poichè si assume anche genericamente la garanzia di atti cambiarii si obbliga commercialmente.

(3) Ecco un altro passo di Bédarride, molto opportuno: « Celui qui promettant un crédit, exige « un cautionnement, ne considère que son propre « intérêt, et se préoccupa fort peu de celui des por- « teurs auxquels il pourra plus tard négocier les « traites tirées en exécution de ce crédit. *C'est à* « *lui et non à ces derniers que le cautionnement est* « *donné;* il ne peut donc être un aval » (n. 366). Dalloz, *Répert.*, *Effets de commerce*, num. 520, citando anche una sentenza della Corte di Parigi del 12 aprile 1864, dice essere questa la opinione più ricevuta.

(4) Si può bene dichiarare nel modo più chiaro e preciso che si garantiscono per avallo le tre cambiali: la prima nella somma di... l'altra nella somma

Digitized by Google

regole giuridiche, non escludo però che le circostanze del fatto non possano avere la loro influenza riconoscibile dai tribunali nei casi sottoposti alla loro cognizione (1).

831. Ora vediamo come l'avallo possa limitarsi secondo l'intenzione di colui che lo presta.

Può limitarsi: a) *quanto all'oggetto*, restringendo la somma, dichiarando che l'avallo non intende che a guarentire l'accettazione, o che l'azione di garanzia non sarà esercitata che in un caso determinato; b) *quanto al modo*, subordinando la garanzia a certe condizioni; c) *quanto alla persona*, indicando quella per la quale soltanto si presta l'avallo; d) *quanto alla stessa garanzia*, per esempio di non volere esporre alla esecuzione che i mobili, e di non esser soggetto all'arresto personale (2).

Tutte queste facoltà appartengono all'avallante assolutamente libero di obbligarsi entro i limiti ch'egli sarà per assegnare alla propria obbligazione, ed al qual effetto si preferirà una dichiarazione separata dalla lettera di cambio o dal biglietto all'ordine, per evitare un ingombro che non sarebbe di stile e non farebbe buona impressione (3). Ed è secondo lo stile, che il luogo ove si appone la firma sul recapito cambiario dimostri per quali persone si accorda l'avallo. Dopo la soscrizione del traente, si presume addietto all'obbligazione di lui; appresso la soscrizione di un girante, s'intende che l'avallo riguardi il girante medesimo e sia a lui personale; in basso o dopo l'accettazione, l'avallo si estende a tutti gli obbligati (4).

832. Niun dubbio che, secondo la maggiore o minor comprensione, gli effetti dell'avallo saranno più o meno lati. Chi garantisce per avallo il traente o l'accettante, piglia sopra di sè le loro obbligazioni tali quali ad essi incombono. Risponde solo pel girante chi si obbliga per lui verso il cessionario immediato. L'avallante si difende cogli stessi mezzi del suo coobbligato, e divide le stesse eventualità favorevoli. Egli oppone per proprio diritto (5) l'eccezione di decadenza contro il possessore della lettera di cambio che non ha fatto il protesto, o ha neglette le altre formalità necessarie.

Ciò che più importa di osservare si è, che l'avallante dev'essere personalmente notificato del protesto. Questa massima di diritto commerciale può essere apparsa dubbiosa per un momento, ma ha finito col trionfare completamente. Il Codice non lo ha detto; voi aggiungete alla legge: questo era l'argomento. Ma se il Codice dovesse dir tutto, formerebbe un volume più grosso di quello che ora affatica il vostro umile autore. La logica vi conduce, e dovete contentarvi di questa guida. La logica adunque v'impone di credere, che entrando l'avallante fra i coobbligati, di consentimento e piena adesione del possessore della lettera di cambio, egli è rivestito delle medesime eccezioni che competono alla persona per la quale ha voluto obbligarsi ed ha gli stessi diritti. Perciò egli deve avere la regolare notificazione del protesto insieme al girante. Con questo però, che nella sua qualità di fideiussore, che non deve mai portare obbligazioni maggiori di quelle che incombono al garantito, ancorchè personalmente intimato, potrebbe opporre la eccezione della omessa, e della irregolare notificazione fatta al girante (6).

833. L'avallo *dopo la scadenza* della lettera di cambio non ha valore che di fideiussione semplice.

Questo teorema è giustificato da quei medesimi principii che tolgono alla girata la virtù di trasferire la proprietà (articolo 224). L'ope-

di ecc. che il signor *A. B.* sarà per rilasciare al signor *C. D.* nel termine di giorni... pagabili, ecc.

(1) Un esempio: Chi ricevendo per conto di un terzo una somma, si tolse di rimborsarla pel caso che la lettera di cambio rimessa a titolo di *couverture* non fosse pagata, fa un avallo, contenendo i requisiti specifici della data, valore, ecc. (Corte di Dijon, 30 gennaio 1866, DALLOZ, 1866, II, p. 39, 40.

(2) NOUGUIER, n. 325, allegando molte decisioni.

(3) Andiamo rammentando che il biglietto all'ordine può essere avallato non meno che una lettera di cambio, con quelle avvertenze che sono suggerite dalla natura del recapito della prima specie, e che spiegheremo a suo luogo.

(4) Il soscrittore di un titolo cambiario per avallo s'intende fideiussore solidale, *sebbene la causa del titolo non sia che civile* (Cassazione di Torino, 1861. Collez. delle sentenze della Corte suprema, p. 169).

Ma egli è in diritto di limitare la propria obbligazione. Il regresso che esercita è in relazione a questo stesso limite (Decisione della stessa Corte dell'anno suddetto, pag. 157 (ivi).

(5) Intendo anche qualora il girante non se ne prevalesse, o pagasse la tratta, o venisse a transazione.

(6) Sentenza della Cassazione francese del 26 gennaio 1818 e 30 marzo 1819; della Corte di Limoges del 18 giugno 1810 e 1° luglio 1817; di Tolosa, 12 dicembre 1827; di Rouen, del 15 marzo 1844 (*Journal du Palais*, II, pag. 373).

E non è vero ch'esso avallante, o i giranti pei quali si è prestato, debbano provare la provvista dei fondi presso il trattario secondo una decisione della Corte di Torino del 4 agosto 1835 in causa Perli ed altri (Collezione delle sentenze di Cassazione).

razione cambiaria è consumata; sopravvivono le azioni e il fascio delle conseguenze. Ecco come si esprime NOUGUIER. « Conformément « aux principes posés à l'occasion de l'endos« sement, l'aval ne peut être donné après « l'échéance de la lettre de change, qui se « trouve en quelque sorte éteinte par le défaut « de paiement. *Il y aurait dans un acte ainsi « fait un cautionnement pur et simple* » (n° 517). Accettando del tutto la conclusione, io non direi che la lettera di cambio *si trova in certo modo estinta per difetto di pagamento*, perchè veramente non si estingue che col pagamento, ma riterrei la mia espressione che *l'operazione cambiaria è consumata*, e non ammette aumento di obbligazioni dello stesso genere e per la stessa causa (1).

—

831. *Lettere di raccomandazione e di credito* (2).

La lettera di raccomandazione non ha mai la cauzione per iscopo. Essa intende a far conoscere favorevolmente una persona ignorata da un terzo col quale l'amico vuol contrarre negozi. In commercio bisogna misurare le parole, non precisamente all'uso dei diplomatici che fanno mostra di abilità in circonlocuzioni interpretabili, ma per esserne parchi e non farsi troppo interpretare. La lettera di raccomandazione missiva è forse meno pericolosa della responsiva. Basta stare nei termini del vero, e guardarsi sempre dall'esagerare anche per sentimento d'amicizia. Se voi giungete a far concepire all'amico lontano l'idea di una potenza economica di gran lunga superiore a quella che è, e per l'opinione che si ha della lealtà vostra lo inducete a dei fidi sproporzionati, potreste pentirvene. Non sarebbe mica una cauzione, osserva PARDESSUS (*Droit commercial*, n° 585), perchè difatti non si è mai pensato di farla, ma avreste avuto torto e sareste in colpa non bilanciando gli effetti delle vostre parole. La *responsiva* parmi più pericolosa, specialmente quando siete interpellato sopra un contratto del quale si comunicano le condizioni. Se la risposta è così incoraggiante da far cessare l'esitanza del vostro corrispondente, e vi sfugge qualch'espressione da far supporre che voi v'interponete per l'amico, potrà alimentarsene una spiacevole interpretazione quando il vostro raccomandato mal risponda al suo impegno (3).

Quantunque le lettere di raccomandazione possano partorire obbligazioni se inducano altri in inganno benchè involontario, e siano talvolta interpretabili come cauzioni, la *lettera di credito* suole avere in commercio una fisonomia, si direbbe, una determinazione più precisa.

La *lettera di credito* è veramente una forma della cauzione in casi non infrequenti, e presso i commercianti ne ha evidentemente il significato. Nei contratti di *credito aperto* dovendosi effettuare certi pagamenti ch'entrano nel conto delle sovvenzioni in luogo diverso da quello ove risiede il sovventore, suole spiccarsi una specie di mandato con una *lettera di credito*. Il corrispondente è incaricato di somministrar fondi secondo il bisogno e sino a una data concorrenza (4). È qualche cosa di più che una cauzione, sebbene soglia così appellarsi, stantechè il corrispondente non riconosce per debitore che il mandante medesimo. È un *véritable mandat mêlé de cautionnement*, se deve ritenersi esatta la espressione di una sentenza (5).

E la *lettera di credito* può esserlo difatti, non però nel proposto caso del *credito aperto*. Il banchiere che ha aperto il credito con o senza cautele e sicurezze, è in forza del contratto un vero debitore delle sovvenzioni, che non impegnano nullamente il convenuto se non verso di lui, ancorchè fornite da un terzo per ordine suo. Appartiene alla lettera di credito la nozione suindicata quando l'accreditato va a costituirsi debitore diretto del pagatore, sostenuto però dalla garanzia che gli viene prestata.

Come l'avallo, la lettera di credito precede il pagamento costituendo la base morale onde altri si dispone ad eseguirlo. Accreditare chi è stato già accreditato; muovere l'altrui fidu-

(1) Alcune altre decisioni della Cassazione di Torino in materia d'avallo. La solidarietà della obbligazione d'avallo non vien meno per ciò solo che la cambiale o il biglietto all'ordine debba considerarsi quale semplice obbligazione civile (Collezione suddetta, pag. 140). Il non commerciante che firma ad avallo un'accettazione cambiaria di un commerciante sottoscritta a favore di altro commerciante, si assoggetta alla giurisdizione del tribunale di commercio (Decis. della detta C. supr., 13 genn. 1869).

(2) Questa materia fu appena toccata al n. 324. Ora si presenta l'occasione a qualche maggiore sviluppo.

(3) Il Codice prussiano regola gli effetti delle lettere di raccomandazione giudicati piuttosto severamente (articolo 703 e seg.).

(4) VINCENS, *Législation commercial*, tom. II, p. 378.

(5) Della Corte di Bordeaux del 30 novembre 1830 (SIREY, vol. XXXI, part. II, pag. 107).

Digitized by Google

cia perchè si presti volenterosa a fare quello che ha già fatto, non sembra discorso retto. Perciò se un sovventore presuma estendere l'importanza di una lettera di credito che ha ricevuta per conto di Tizio, sino a ricoprire le somme precedentemente somministrate, può essergli opposto che per la naturale sua indole e ragione, la lettera di credito non riguarda che i versamenti futuri (1).

Tuttavolta, in casi molto speciali, la *lettera di credito* è stata interpretata come una garanzia per somme anteriormente fornite (2). Tale garanzia retrospettiva è talvolta una necessità della situazione, attesochè l'amico non accetterebbe altre cambiali e non darebbe altri danari se non gli fosse fatta tranquillità sull'arretrato.

In conclusione la lettera di credito, più che una lettera di raccomandazione, e meno di un avallo (3), riceve la sua significazione pratica dalle circostanze, e può rappresentare una garanzia più estesa di quello che sembra significare la sua propria denominazione.

SEZIONE IX.

Del pagamento.

Articolo 228.

La lettera di cambio deve essere pagata con la moneta in essa indicata.

Se la moneta indicata non ha corso legale o commerciale nel regno, e se il corso non fu espresso nella lettera di cambio, il pagamento si fa in moneta del paese al corso del giorno della scadenza e del luogo del pagamento, e qualora non vi sia corso di cambio, al corso della piazza più vicina.

835. *Disposizioni del Codice civile relative alla restituzione nel mutuo. Quando è che la moneta si ritiene* indicata *nel senso e per gli effetti del presente articolo?*

836. *Non regolandosi dall'articolo che la convenzione relativa alle monete non aventi corso nel regno, che avviene in ordine alle specie che hanno corso nel regno, quando invece della moneta specifica se ne offra il prezzo?*

837. *Dubbiezze suscitate dall'articolo 143 del Codice di commercio francese, e opportunità della spiegazione autentica data dalla legge italiana.*

838. *Esame dell'articolo 228 nella sua seconda parte. Quale sia la vera differenza fra i rapporti di moneta estera avente corso legale o commerciale nel regno colla moneta del paese; e quale nel caso inverso.*

839. *Della mutazione del valor nominale delle monete, non opponibile al creditore di estero Stato.*

840. *Della carta-moneta nei pagamenti delle lettere di cambio.*

835. Ordinariamente chi promette di fare un pagamento, promette di dare una quantità; *in pecunia non corpora quis cogitat sed quantitatem* (Leg. 94 § 1 de solut.). Quindi materia del prestito non è la moneta, ma il *valore*. Rappresentato anche da altre monete, quel valore rimane identico.

Il Codice civile ha dovuto occuparsene.

(1) Cassazione francese, 14 giugno 1843 (Sirey, vol. xlv, part. i, pag. 484); Alauzet, all'art. 109 del Codice di commercio.

(2) Corte di Bourges, 9 aprile 1821.

(3) Per le conseguenze, s'intende, ma produce sempre assoluta solidarietà, essendo contrattazione commerciale.

Digitized by Google

« L'obbligazione risultante da un prestito di « danari è sempre della medesima somma nu« merica espressa nel contratto » (art. 1821).

Certamente la legge ha voluto significare che l'oggetto contemplato dai contraenti essendo il valore e non le monete che lo rappresentano, restituendosi il valore si dà quello che si deve. Non è sfuggito però alla preveggenza del legislatore che le monete possono subire aumento o diminuzione (1) prima del pagamento, ma basta che il pagamento si faccia nella specie che si trova in corso (2).

La teoria non era completa, e il legislatore ha dovuto considerare il caso della *pattuita restituzione* delle stesse specie d'oro e d'argento mutuate. « Se viene alterato il valore « intrinseco delle monete, o queste non si pos« sono ritrovare, o sono messe fuori di corso, « si rende l'equivalente al valore intrinseco « che le monete avevano al tempo in cui fu« rono mutuate » (articolo 1822).

Il Codice civile ha avuto nel contratto di mutuo, ivi contemplato, una ragione specifica per così disporre. Il pagamento nel mutuo non è che una restituzione, e le controversie gravi che si elevarono in tanto numero sui rapporti della moneta che fu prestata e quella che si restituisce, cadono appunto in questa natura di contratto. Ora siamo in commercio ed in contratto di cambio, e le vedute si vanno mutando.

Il pagamento di una lettera di cambio, laddove la moneta non sia *indicata*, si fa, come ogni altro pagamento, in moneta corrente. Se la moneta è *indicata*, l'art. 228 detta norme particolari al commercio, le quali però non sono dominate da principii diversi da quelli considerati dal Codice civile nel generale disposto dell'art. 1243; laddove quello dell'articolo 1822 è speciale al mutuo. Sull'alterazione del valore intrinseco non si discute in contratto cambiario come in quello di mutuo, per la semplice ragione che non si tratta di restituzione nel senso oggettivo e proprio, nè quindi di reintegrazione della specie somministrata.

Quando si verifica l'*indicazione* della moneta nel senso e per gli effetti del nostro articolo?

Non si può figurare una lettera di cambio nella quale non sia indicata una moneta come unità di misura, o, come suol dirsi, moneta di conto (3) per comporre una somma o quantità qualunque. Tutti intendono che si ha in mira un complesso, una quantità, un valore. La moneta poi non è indicata come strumento ed elemento di valore, ma come oggetto quando prevale il concetto di *qualità*; allora il pagamento deve farsi con quelle specie di moneta, e non altrimenti. La quantità potrebbe esprimersi in due modi diversi: *alla fine del mese di..... pagate cento fiorini d'oro di Augusta*; ovvero *pagate la somma di mille franchi in fiorini d'oro d'Augusta*; nell'uno e nell'altro esempio la qualità della moneta appare come *forma del pagamento;* in altri termini, ha ragione di scopo. La quantità della moneta si risolve in singolarità; voi dovete consegnarmi tanti individui della famiglia dei fiorini d'oro d'Augusta, dei luigi d'oro di Francia; la somma non è che l'indicazione del numero degl'individui; e noi, a rigor di termini, non abbiamo in vista un valore, bensì corpi determinati (4).

836. L'articolo 228 regola il fatto delle monete estere designate a soddisfare una tratta in paese, nel supposto che *tali monete non abbiano corso legale o commerciale nel regno.* In siffatta ipotesi ci si appresenta l'ostacolo nella natura delle cose, e si è adottata una misura già preconizzata dagli usi e ricevuta in altri Codici. Ma supponendo che si tratti di moneta nostrale e avente corso nel regno, e la lettera di cambio fosse pagabile, per es., in pezzi d'oro da quaranta lire, non si potrebbe pagare in altra moneta; e così diremo delle monete estere aventi corso legale o commerciale nel regno. Se non si pagano e si offre moneta diversa, ecco le conseguenze: 1° può essere rifiutata; 2° volendosi il pagamento, nell'ultimo risultato non si può venire ad una esecuzione che vi porti in saccoccia le monete identiche che andate cercando, ma conseguirete il *tantundem*, quel tanto che vi occorre a comprare quelle monete.

La moneta di specie diversa, abbiam detto, può rifiutarsi. È questo il congruo e naturale effetto del precetto legislativo. Il trattario non pagherà bene offrendo altra moneta. Il

(1) « Accadendo aumento o diminuzione nelle « monete prima che scada il termine del pagamento, « il debitore deve restituire la somma numerica « prestata, e non è obbligato a restituire questa « somma che nella specie in corso al tempo del « pagamento ».

(2) Il cangiamento è intrinseco se la nuova moneta è formata di elementi di minor bontà e pregio; estrinseco se allo stesso tipo lo Stato attribuisce un valor maggiore.

(3) Cento lire, cento franchi, ducento scudi.

(4) Che potrebbero persino essere demonetati ed esistere come pezzi d'oro o d'argento, come medaglie, semplicemente col loro merito intrinseco e reale, quale che sia (CASAREGI, *De comm.*, disc. 61).

Digitized by Google

voler pagare con moneta diversa da quella che è convenuta, equivale al rifiuto del pagamento e dà luogo al protesto. Se l'accettante offrisse questo prezzo medesimo e dicesse, pezzi d'oro da 40 lire non ne ho; eccovi la somma di..... che equivale al costo di questa moneta misurato a rigore di cambio, il suo discorso sarebbe onesto, ma potrebbe sfuggire agli atti che gli sono minacciati?

Io sono d'avviso che una grande prevalenza abbia in simili fatti il criterio del giudice che saprà apprezzare la situazione monetaria del paese. La regola è, che abbia a pagarsi colla moneta designata nel contratto e indicata nella lettera. Non avete la moneta, si dirà al trattario? Ebbene compratela voi, io non voglio questo incomodo. *Summum jus* che molte volte non avrebbe favore nella equità del magistrato. Veramente il trattario non avrebbe interesse di tener nascosta la moneta convenuta mentre deve versare l'equivalente per acquistarla; di rincontro non può allegare un vero interesse il creditore della cambiale per rifiutare l'adeguato che gli si offre. Nel periodo monetario poco felice che oggi attraversiamo, è facile giustificare una simile combinazione che la legge non avrebbe preveduta, e realmente sorpassa la portata della sua disposizione applicata a monete estere (1).

837. Il capoverso del nostro articolo 228 ha dei precedenti nell'articolo 156 del Codice di commercio piemontese, nell'articolo 156 dell'olandese; negli articoli 377 e 378 del Codice portoghese; negli articoli 876 e 877 del Codice prussiano, e nell'articolo 364, § 2 del Codice russo. Così le legislazioni vennero ad imporre i limiti dell'autorità alle varie opinioni suscitate dalla secca e quasi assoluta redazione dell'articolo 143 del Codice francese. I suoi termini, dicevasi, sono precisi. Ma la moneta non ha corso nel paese! Che importa, si rispondeva; sarà una condizione dura alla quale però avete voluto sottoporvi. VINCENS ne trovava la spiegazione nel ragionamento seguente. « Si un tireur a fourni une lettre de « change en un certain nombre de pièces de « monnaie étrangère, et que le débiteur l'ait « acceptée, il me semble qu'il sera tenu de « payer en cette espèce et non autrement. « *Il s'est reconnu dépositaire de ces monnaies,* « *ou s'est soumis à les avoir;* il ne peut offrir « l'équivalent; le porteur est en droit de re- « fuser et de protester » (liv. VIII, chap. VI, n° 11). Più risposte potevano darsi. Che il trattario e pagatore non è sempre l'accettante, quindi non vi sarebbe fondamento per ritenerlo depositario *di quelle identiche monete.* Che essendo accettante, non accade quasi mai che l'accettante ritragga a sè le monete che il prenditore della lettera paga al traente. E quanto al dire si è sottomesso a dare la specie precisa, ciò è vero; ma la questione rientra nel sapere se il dare l'equivalente, ordinariamente molto costoso, soddisfaccia *per modum rationis* al debito reale (2).

Chi risale alle discussioni che furono avanti il Consiglio di Stato francese, autentiche sorgenti della comune nostra legislazione, vi trova agitato il dubbio. JAUBERT aveva emesso l'avviso che la lettera dev'esser pagata al corso di cambio, se trattasi di moneta straniera, e RÉGNAULT DE SAINT-JEAN D'ANGÉLY, rispondeva ciò esser di diritto. La quale risposta al primo non bastando, egli insisteva onde fosse espresso, o si sopprimesse l'articolo siccome inutile. È utile, replicava M. LOUIS dichiarando la moneta colla quale dee soddisfarsi il debito, *sotto pena* (quest'era la parte sottintesa nell'articolo) *d'indennizzare la differenza fra la moneta estera e quella del luogo nel quale si effettua il pagamento.* Sono transazioni, aggiungeva, che si fanno ogni giorno fra commercianti, e la legge non ha bisogno di occuparsene (Processo verbale del 29 gennaio 1807, LOCRÉ, t. XVIII, p. 66 (3). Fecero un po' troppo a fidanza, mi pare, quei legisla-

(1) Sono dispute moderne e per le vicende del numerario e anche per la progredita estensione del commercio. Leggesi in BALDASSERONI e in GIRAUDEAU (*La banque rendue facile*, chap. XIX, art. 3) che l'acquisto e il pagamento delle cambiali in quel tempo si faceva in oro; a tal effetto interveniva ogni giorno nelle *stanze dei cassieri* un pubblico pesatore, il quale tutto l'oro che pagavasi pesava a *marco*, cioè a globi di decine o centinaia di zecchini.

Rapporto alla questione or ora proposta, DAGEVILLE, commentando l'articolo 143 (Codice francese), disse « il trattario può validamente liberarsi pagando *una moneta legale qualunque equivalente al valore della moneta indicata*, calcolato al corso legale del giorno della scadenza ». Mi pare che il concetto dell'autore non fosse diverso dal mio, che io per altro non dò per assoluto, ma solo in date circostanze nelle quali la moneta, quantunque abbia corso nel regno, è difficile a trovarsi.

(2) DALLOZ, v° *Effets de commerce*, sect. VIII. Il pagatore, egli osserva, non è giudice di quello che meglio convenga al creditore. NOUGUIER (n. 364) conviene del tutto con VINCENS.

(3) BÉDARRIDE adotta questa interpretazione, non solamente per la moneta estera, ma eziandio per la nazionale (num. 384). Ed è ciò che abbiamo spiegato al numero precedente.

Digitized by Google

tori, come uomini convinti. Non si erano ingannati nelle loro previsioni commerciali perchè il commercio sapeva camminare anche senza di loro, ma gli uomini di legge desideravano una illustrazione autentica.

838. In due casi non ha luogo l'applicazione della seconda parte dell'art. 228: 1° se la moneta (estera, non potendo esser altra) *ha corso legale o commerciale nel regno; 2° se il corso fu espresso nella lettera di cambio.*

Il *corso legale* delle monete estere è determinato dalle tariffe (precettive). Il *corso commerciale* è quello del cambio, riconosciuto nel mercato e attestato dagli ufficiali che hanno dalla legge cotale missione (art. 52). Avendo noi un tipo monetario effettivo, non abbiamo bisogno di prender le mosse da verun tipo estero per formare l'unità di misura. Il governo suole anche astenersi dal *tariffare* le monete estere ad onore del principio di libertà che deve regnare sovrano sul mercato monetario, principalmente. Così non ci occorre di tormentar con tariffe la moneta ideale che altrove regola le contrattazioni cambiarie (1); noi ne lasciamo il variabile giudizio alla decisione del cambio. E generalmente può dirsi, che le monete estere in quanto configurate da tipo ideale abbastanza conosciuto, hanno fra noi corso *commerciale* anzichè *legale* come le altre monete estere effettive nei casi più frequenti del silenzio delle tariffe precettive.

Ormai vediamo la regola fondamentale scritta nel primo periodo dell'articolo 1228 risolversi negli equivalenti; abbia o no la *moneta indicata* corso legale o commerciale nel regno. Quella stessa moneta che non esiste in nessun luogo, che è un concetto della mente, un tipo ideale, una volta che ha un riscontro cambiario sul mercato monetario italiano, è soddisfatto coi nostri propri materiali e con mezzi equivalenti. Una lettera di cambio, portante la somma di 200 lire sterline da Manchester su Genova, stabilito il ragguaglio, è pagabile con moneta italiana nella somma corrispondente al costo della lira sterlina.

Suppongasi invece che il corso *sia stato espresso nella lettera di cambio.* Lo stesso traente può fissarlo, o per mandato del traente potrà fissarlo quel Tizio all'ordine del quale esiste la tratta. La legge lascia fare e non se ne interessa. Il pagamento si farà ancora coll'istrumento della moneta indigena, al ragguaglio stabilito e convenzionale.

Ma niuna delle due ipotesi si avvera; non corso legale nè commerciale nel regno, nè patto in proposito. E allora? *Il pagamento si fa in moneta del paese al corso del giorno della scadenza e del luogo del pagamento.* E ancora *colla moneta del paese;* ma pare che la misura di ragguaglio sia diversa.

Se la moneta non ha corso legale nè commerciale nel regno, essa non esiste per noi, è fuori delle nostre previsioni, non ha un ragguaglio propriamente detto nel movimento commerciale del giorno; e non può apprezzarsi che nel suo valore intrinseco.

Se una cambiale dovesse pagarsi a Livorno o a Genova con monete d'oro dell'Arabia o della Cina, che supponiamo *non avere corso nè legale nè commerciale in Italia,* non resta a vedere se non quale sia l'equivalente che deve corrispondersi in moneta del paese (2).

La legge nulla dice sulla formazione del ragguaglio cambiario in questa contingenza, invero straordinaria. A me pare non potersi tenere in momento il valore edittale di quella moneta, come non si avrebbe rapporto alle carte monetarie di quegli Stati che sarebbero non meno fuori del nostro circolo commerciale, colla differenza che codesto surrogato artificiale non avrebbe per noi il menomo valore effettivo. Spetterà al creditore il dimostrare in quale corrispondenza si trovino quei pezzi metallici più o meno preziosi che la lettera di cambio enuncia, col costo o importo della moneta locale. È questo, secondo me, quello che si vuol significare dicendo che il *pagamento si fa in moneta al corso,* ecc. Quindi nel primo caso (3), esistendo già i dati legittimi di confronto, non resta se non determinare il prezzo della giornata; nel secondo, il rapporto non può stabilirsi che *ab extra,* senza riguardo al valore edittale della moneta ma in relazione al pregio intrinseco che può avere il pezzo o disco d'oro o d'argento, valutabile giusta la posizione attuale del mercato metallico nel luogo ove si effettua il pagamento.

839. Tutto ciò è nell'ordine delle cose, e i legislatori commerciali adottando tale sistema (4) non hanno stimato di eccedere quei riguardi che sono dovuti agli usi delle altre nazioni, nè hanno voluto farsi centro di com-

(1) Lire sterline, lire milanesi, toscane, modenesi, ecc. fuori di corso.

(2) « On paye toujours le montant *ou* dans la « monnaie expresse, *ou* dans une monnaie portée « à un taux équivalent » disse Bégouen al Consiglio di Stato.

(3) Di moneta estera *avente corso...*

(4) Vedi nell'esordio del num. 837.

Digitized by Google

binazioni esclusive. Il traente e i suoi derivatari non possono evitare di ricevere la moneta italiana, stantechè in Italia deve farsi il pagamento, sebbene con quelle indennità e compensi che possono essere di ragione. Il creditore e il debitore che trattarono in moneta riconosciuta e legalmente ragguagliata in Italia, sottostanno alla legge del cambio che corre fra i due paesi. Il creditore di una moneta sconosciuta e inapprezzabile come tale, si sottopone ad un giudizio anche più ristrettivo che viene a circoscriversi nelle condizioni del mercato locale.

Talvolta essendosi stipulato il pagamento in moneta estera (di Spagna, ad esempio), avviene che nell'intervallo fra la promessa e il pagamento quella moneta subisce, per fatto di governo una variazione nel suo valor nominale (1). Se il regolamento obbliga amendue le parti che sono soggette alle leggi del medesimo Stato, niuna potrà opporsi alle conseguenze. Ma quante volte, in relazione al creditore della lettera di cambio e al luogo ove dee farsi il pagamento, la moneta non abbia a considerarsi che estera, non può conchiudersi nello stesso modo. Secondo alcuni scrittori (2), la denominazione legale non sarebbe attendibile, e non si avrebbe altra norma che l'intrinseco valore del disco monetario (3).

Ora poniamo la ipotesi che creditore di *A.*, banchiere spagnuolo, sia *B.*, banchiere italiano, e il pagamento abbia ad eseguirsi in Francia presso un banchiere di Lione. *B.* aveva stipulate cento doppie di Spagna, della quale moneta egli ben conosceva la bontà intrinseca (4). Ora quella moneta, aumentata nominalmente e perdute le sue proporzioni costitutive e reali, scapita nella sostanza, e non se ne può valere in commercio cogli stessi vantaggi. In Francia come in Italia, giusta la regola di giustizia scritta nei relativi Codici civili (5), non può imporsi al creditore estero di sostenere il discapito monetario che le condizioni particolari al governo spagnuolo avessero per avventura arrecato ai commercianti del proprio paese. Quindi il creditore ha diritto di avere tanto della moneta attuale di Spagna (od altra avente corso legale o commerciale in Francia) quanto corrisponde al valsente reale della moneta abolita o riformata.

—

840. *Della carta-moneta nel pagamento della lettera di cambio.*

La poco lusinghiera specialità nella quale noi versiamo, aggiunge a questa materia un interesse che non avrebbe nelle pure ragioni della teoria.

È nota la Legge del 1° maggio 1866, che istituisce il corso forzoso dei biglietti della Banca nazionale. Nell'articolo 3° abbiamo il patto consueto a tutti gli ordinamenti di questo genere — *nonostante qualunque contraria disposizione di legge o patto convenzionale.*

La Legge, come ogni altra, dispone per l'avvenire, ma vuole anche regolare gli effetti delle convenzioni passate per ottenere quella uniformità di cui si aveva bisogno, e che sino a un certo punto, era un debito di giustizia distributiva Le impressioni assai tristi del corso forzoso in tempi non molto lontani, avevano suggerito un formolario, passato nelle consuetudini notarili, abborrente dal pagamento in carta-moneta che si travedeva come un fantasma non ancora svanito. Quando le condizioni economiche poco felici del regno ravvivarono cotali previsioni, il rifiuto della carta-moneta fu stipulato con viemaggiore frequenza. Se la nuova Legge avesse rispettate quelle convenzioni, si sarebbe trovata pressochè ineseguibile rispetto ai contratti anteriori, e fu necessità d'ordine pubblico considerare quei patti come non esistenti.

La Legge non potendo dire di più, lasciava in dominio della giurisprudenza certe combinazioni, che non tardarono a svolgersi, e non poco affaticano la interpretazione. Per non dar troppo alla libertà delle contrattazioni, e d'altro canto per non esagerare il rigore della legge, parmi si debba scegliere alcun criterio fondamentale che ci serva di guida.

Qual è mai lo scopo diretto della legge sul corso forzoso? Quello di equiparare in tutto e per tutto la carta alla moneta metallica corrente nel regno, sicchè cento lire in carta sostituiscano perfettamente e valgano cento lire in argento o in oro. Ottenuto questo scopo, la legge è soddisfatta, e non si offende di quelle contrattazioni che senza rifiutare la moneta di carta, ne fanno ragione giusta la vicenda del cambio, come si fa commercialmente per ogni altra moneta.

Il legislatore, che ben conosce non potersi

(1) In aumento, s'intende, il che equivale a diminuzione di valore intrinseco.

(2) PARDESSUS, *Droit commercial*, num. 1495.

(3) Vedremo però fra poco come l'uso pratico modifichi il principio.

(4) Il suo rapporto di reali 42, 71 allora era giusto; il governo ne ha aumentata la espressione sino a reali 50.

(5) Articolo 1821 del Codice civile italiano, articolo 1895 del Codice civile francese.

far violenza alla natura delle cose, per non rinnovare l'esempio di Serse che incatena il mare, il legislatore stesso ha dovuto sentire sin dove potrebbe estendere la sua potenza. Non poteva egli sperare che introducendo nel commercio un nuovo elemento monetario di tanta importanza, non avrebbe suscitato una certa inquietudine e messi i commercianti in avvertenza onde provvedere alle loro transazioni future. Vi è forse qualcosa che non sia naturale in tutto questo? Se lo Stato avesse adottato il sistema economicamente peggiore di alzare la estimazione delle monete in corso (1) avrebbe generato un'influenza non meno riflessibile sul mercato monetario; avrebbe prodotto una scossa maggiore, ma per la stessa causa e avente lo stesso carattere. La moneta di carta è una moneta alterata e inormale, poichè puramente nominale, è priva di realtà, e non ha una propria sostanza: in una parola, *una moneta politica*.

Ora più modi sono aperti ai commercianti per assestare i loro negozi ed equilibrare nelle loro viste contrattuali il prezzo delle cose in rapporto alla nuova moneta italiana: 1° Innalzare il prezzo della merce pagabile in Italia con moneta del regno; 2° Pattuire che si pagherà la differenza fra il corso di cambio della lira italiana con altra moneta di conto straniera; 3° Pattuire il pagamento in moneta estera.

Questi tre modi sono congeneri e pressochè equivalenti. Niuno di essi frappone ostacolo al corso della carta-moneta; e ciascuno mira allo scopo di raggiungere il prezzo stabilito nella convenzione.

Non è nuovo che certi effetti giuridici non possano ottenersi direttamente, in opposizione e come ad offesa di un principio stabilito, e possano ottenersi indirettamente, e per dir così con un diverso processo (2). Quindi non ammetto che si possa pattuire di non dover ricevere la carta-moneta avente corso nel regno. Quindi stipulata la moneta estera, s'intende che il pagamento potrà farsi anche in moneta nazionale, per conseguenza con biglietti di Banca; salvo il compenso del maggior costo. Quindi se fosse convenuto, come suol farsi poco accortamente, doversi pagare la cambiale *in moneta metallica*, il patto non avrebbe effetto di sorta, poichè in un paese ove la carta-moneta è equiparata alla metallica, l'una val l'altra.

Posso raccogliere il discorso in un solo corollario e dire: il patto, ancorchè posteriore alla Legge del 1° maggio 1866, non può avere per oggetto la moneta rappresentativa per impedirne il corso; ma avendo per oggetto il prezzo della contrattazione, può volerlo ammisurato al corso cambiario tanto della moneta-carta come di altra qualunque; questa è legge del commercio, è diritto dei contraenti, è libertà della quale niuno dev'esser privato.

È ancora importante ad osservare, che la Legge del 1866 non venne a modificare in principio le leggi commerciali vigenti, e l'articolo 228 rimase in tutta la sua forza. Le applicazioni si conformano bensì allo stato odierno della circolazione monetaria, poichè la moneta di carta è moneta legale del paese, ma non può cancellarsi la regola di diritto cambiario ivi consacrata.

Dopo ciò, volgendo lo sguardo alla giurisprudenza piuttosto imbarazzata che ci vediamo d'attorno, possiamo rendercene buon conto.

I francesi che per tempo non breve patirono la carta-moneta con disavanzi enormi e di niuna guisa pareggiabili ai nostri, si mostrarono nei loro giudizi eccessivamente rigorosi, e in verità c'insegnarono pochissimo, poichè presto si fa a dire, ecco la legge, nessuna distinzione, confondendo tutti i casi in una regola inesorabilmente comune (3).

Noi intanto camminiamo nella incertezza. Corti d'appello di prim'ordine sono venute decidendo in senso contraddittorio. Notevole fra quelle che credono compatibile la Legge del 1° maggio 1866 colle diverse convenzioni delle parti, è la sentenza del 21 febbraio 1868 della Corte di Napoli (4).

Trattavasi di un contratto civile, posteriore alla legge. Il prezzo di certa compra doveva pagarsi *in tante buone monete d'oro e d'argento, sempre in moneta effettiva e fuori carte monetate* (in ducati). Al che si aggiunse — *in ogni modo sarà tenuto esso D. G. di pagare l'aggio corrente in piazza all'epoca del pagamento*. Quella decisione che accolse la do-

(1) Per esempio portando a sei lire uno scudo di cinque lire, a 25 lire il pezzo d'oro da 20.

(2) Così per l'articolo 1808 del Codice civile i genitori non possono riconoscere certe categorie di figli, ricognizione che offenderebbe il principio della moralità; ma tuttavia la prova della filiazione può risultare indirettamente (num. 492).

(3) Decisione della Cassazione francese del 5 *frimaire*, anno II; 22 ventoso, anno II; 6 germinale, anno II; 5 ottobre 1793. Belgiche, 12 frim., an. IV; 2 messidoro, anno V (DALLOZ, *Répert.*, v° *Papier-monnaie*; LEDRU-ROLLIN allo stesso vocabolo.

(4) BETTINI-GIURIATI, *Giurisprudenza italiana*, v. XX, anno 1868, part. II, pag. 143.

Digitized by Google

manda del creditore all'effetto di integrare coll'aggio il valore pattuito, lungamente studiata ed elaborata, è un lavoro compiuto, e si direbbe quasi un trattato sulla materia, informato, per quanto io penso, ai migliori principii. Fra le altre cose mi giova mettere in rilievo un concetto gravissimo, ed è: che essendo il biglietto di banca pareggiato alle monete metalliche, ma non godendo però al di sopra di esse verun privilegio « ogni ragione « vuole che si contratti e giudichi circa il bi- « glietto di banca *nè più nè meno di quello « che si fa nelle specie d'oro e d'argento* ». Se è lecito patteggiare sulla moneta metallica riportandone il valore al corso di cambio in confronto di quella d'altro paese, o in relazione al mercato monetario dei metalli preziosi, per verità ripugna il credere che altrettanto non si possa convenire sulla moneta rappresentativa e fiduciaria avente corso forzoso.

Il Tribunale di commercio di Bari (22 dicembre 1866) decise in questo senso sul principio che *nemo locupletari debet cum aliena jactura* (1).

La Corte di Genova in una sua sentenza del 19 marzo 1867 accettò una conclusione consimile, in caso di pagamento da farsi in moneta estera. Le sue vedute però sono più generali, e non hanno una relazione così immediata colla Legge del 1866.

La Corte di Napoli nel 24 gennaio 1868 (2) stanziò questa massima — la clausola di un biglietto all'ordine costituente l'obbligo di pagare una data somma nel regno al cambio di Francia nel giorno della scadenza si deve interpretare nel senso che si abbia diritto di pagare in carta-moneta, *ma che si debba rifondere la differenza che risulterebbe ove si volesse realizzare tale somma in Francia.*

Altre decisioni stanno in contrario. Una di esse proferita dalla Corte di Milano nel 15 ottobre 1867 (3). — Da questa parte primeggia una sentenza della stessa Corte di Napoli, del 20 gennaio 1868 (4).

Mi limito ad esaminare due idee cardinali della decisione.

La legge dichiara letteralmente che niuna convenzione contraria possa valere. Se dispone pel passato, molto più dispone per l'avvenire, com'è della natura di ogni legge. La volontà del privato non può defraudare quella del legislatore.

Risposta. Dispone per l'avvenire, nessun dubbio; e deroga altresì ai patti futuri contrari al fine che si propone. Ma così è che il patto di cui parliamo non si oppone al suo fine, ma è conciliabile con esso (5), *ergo*, ecc.

Si toglierebbe il corso forzoso e non sarebbe più ricevibile la moneta-carta nel suo valor nominale, contrariamente alla legge.

Risposta. La carta si riceve al valor nominale; ma si vuol tener conto altresì del suo valor mercantile; e come per ogni altra moneta il prezzo convenzionale si può riferire al valore di cambio.

Più oltre il discorso della sentenza rassembra meno convinto. All'incalzare della difesa, che non trattavasi di rifiutare la moneta di carta, ma solo di rifiutarla *come quantità convenuta*, la sentenza sfugge all'argomento, e obbietta che il patto della differenza od aggio non fu stipulato.

All'altro argomento che il legislatore non intese coercire le libere contrattazioni fra le parti, e che si sarebbe convenuto in caso contrario un maggiore corrispettivo, la sentenza si contenta di rispondere che la legge impone il valor nominale malgrado ogni patto contrario, con manifesta petizione di principio (6).

(1) *Gazzetta dei Tribunali* di Genova, pag. 89.

(2) Bettini-Giuriati, vol. xx, part. ii, pag. 33. Causa Tomazzoli - Solei, ecc.

(3) *Gazzetta dei Tribunali*, tom. ii, pag. 762. — Il Consiglio di Stato ha esternato un parere nel 27 giugno 1867 nel fatto di un appaltatore che chiedeva compensi in forza di un patto stipulato *anteriormente* alla legge del 1° maggio 1866. E di ciò non può esservi la menoma difficoltà. Non garantisco che altre decisioni non siano state proferite, ma le citate possono bastare a provare le oscillazioni della nostra giurisprudenza.

(4) Può osservarsi che quella in senso diverso pronunciata dalla stessa Corte, da noi sopra ricordata, è posteriore; e incontrandosi i nomi degli stessi giudici, è luogo a credere ch'essa abbia riformata in meglio la propria giurisprudenza. Avverto che questa decisione del 20 gennaio era revocatoria di altra che concedeva la rifusione dell'aggio della moneta.

(5) Come si è dimostrato.

(6) Ognuno intende come le applicazioni al commercio cambiario siano più estese di quelle che possono aver luogo nelle convenzioni civili.

In una monografia — *sui pagamenti in carta-moneta* — pubblicata nel n. 92 del 1867 del Giornale *La Legge*, trovo citata un'altra sentenza della Corte di appello di Milano del 20 novembre 1867 che avrebbe proclamata la stessa massima.

Digitized by Google

Articolo 229.

Quegli che paga una lettera di cambio prima della sua scadenza, è responsabile della validità del pagamento.

Articolo 230.

Quegli che paga una lettera di cambio alla sua scadenza e senza opposizione, si presume liberato.

841. *Motivi della disposizione dell'articolo 229. Il trattario che eseguisce il pagamento prima della scadenza deve rispondere di tutte le eventualità che hanno potuto presentarsi per impedirlo o sospenderlo.*

842. *Spiegazione dell'articolo 230. Non essendo stabilita a favore del pagatore a scadenza che una presunzione di liberazione, egli non è esonerato dalle conseguenze della propria colpa o negligenza.*

---

841. Il pagamento anticipato d'una lettera di cambio può produrre ben gravi inconvenienti. Il pagatore può farsi complice innocente di una bancarotta meditata dal presentatore che domani abbandona i suoi impegni commerciali. Colui che oggi è capace per condizione sociale e per mente, potrebbe non esserlo più nel giorno della scadenza; ed è in quello che la sua capacità dee verificarsi. La scadenza di una cambiale è il momento critico intorno al quale si rannodano tutti gl'interessi. Si possono aver ragioni per impedire il pagamento (articolo 235), e si appunta sempre il giorno della scadenza. Una sola via ha il trattario se gli talenta di liberarsi prima del tempo: quella di acquistare per girata la lettera di cambio, e di estinguerla per confusione (V. il nº 843).

842. In due condizioni di cose si presume la liberazione: se il pagamento è fatto nel preciso della scadenza, e niuna opposizione sia stata elevata per parte di terzi interessati a sospendere il pagamento medesimo.

Fu materia di discussione nelle originarie Commissioni legislative, se la liberazione del trattario dipendesse strettamente dalla prova di aver pagato al vero creditore. Autori di gran polso, quali Jousse, Pothier ed altri, sostennero coi principii della ragion civile *neminem plus juris alteri transferre potest quam ipse habet*, dalla quale teoria, così largamente enunciata, poteva inferirsi che il trattario doveva sempre ritenersi in impegno fintantochè non giustificasse di aver pagato *al vero creditore*. Tanto rigore avrebbe resa difficile e gravissima la condizione del trattario che lontano dal centro ond'è partita la lettera di cambio, caricatasi poi di girate nel rapido corso della sua circolazione, non può appurare la verità di tutti quei fatti. Ma d'altro lato non parve nè assennato nè prudente dichiarare in modo generale ed assoluto che il pagatore sarebbe liberato per effetto della sua buona fede, mediante la restituzione del titolo cambiario.

E qui ci scostiamo dalla regola civile, tenendo a dir così una via media fra una certa facilità di liberazione che si presenta da una parte, e il rigore che s'incontra dall'altra (1). In commercio cambiario non si ritiene sufficiente alla liberazione il pagamento fatto *a chi è in possesso del titolo* (che potrebbe non essere il vero creditore); ma invece si concede al pagatore della tratta una presunzione *juris* di liberazione, ancorchè non risulti che la remissione del titolo gli sia stata fatta dal creditore giuridico (2).

---

(1) « Il pagamento fatto in buona fede a chi si « trova nel possesso del credito è valido, ancorchè « il possessore ne abbia in appresso sofferta la evi- « zione ». Così da un lato l'articolo 1242 del Codice civile. — Più avanti l'articolo 1279: « La vo- « lontaria restituzione del titolo originale del cre- « dito sotto forma privata *fatta dal creditore* al « debitore, costituisce la prova della liberazione « tanto in favore dello stesso debitore quanto in « favore dei debitori in solido ».

(2) Quindi osservava Hosson (quest. 98): « la loi « commerciale, tout en se bornant à établir ainsi « une présomption en faveur du débiteur qui a « payé, est en réalité plus favorable à cet débiteur « que le Code civil ».

Digitized by Google

Pericolo da ogni parte. Si è dovuto studiare la [illegible]ressione (1), e mettere in avvertenza il tratt[illegible] che si rispetterà la sua buona fede, e non gli saranno imposti doveri incompatibili colla sua posizione, ma ch'egli dovrà nonostante procedere con precauzione e non risparmiare quelle diligenze che si possono senza indiscrezione richiedere da lui. La firma del traente non gli è sconosciuta. Egli la verifica: è questo il suo punto d'appoggio. Se la somma è alterata, non può sfuggirgli. La firma dei giranti, la loro capacità, sono cose ch'egli non può raggiungere nel giro di un momento colle sue ricerche. Ma la catena delle girate può benissimo accertarsi a vista, secondo l'istruzione, forse un po' troppo severa, che ne ha data il VINCENS (2). Quando il trattario sia responsabile del pagamento di una lettera di cambio falsificata, se ne discorse altrove (numeri 779, 780), e ci riportiamo al già detto.

Ecco pertanto la gradazione delle idee. Se il trattario paga *prima della scadenza*, risponde di tutte le eventualità che dal giorno del pagamento a quello della scadenza si sono presentate ad impedirlo o sospenderlo (3). Inoltre in tal caso gli corre obbligo strettissimo di provare di aver pagato al vero creditore. Chi paga, stando nei termini dell'articolo 230, ritirando il recapito, non ha d'uopo di fare alcuna giustificazione; si ritiene abbia pagato bene; *si presume liberato*. Ma non riposa nella sicurezza sino alla prescrizione. Qualche interessato può ancora venire in campo e sostenere che si è pagato male. Egli ha l'onere della prova. Deve cioè provare o che una girata era falsa, o che tutta la lettera era falsa, o che qualche cedente era incapace, o che si è pagato a chi non era il vero creditore. A fronte di un simile attacco il trattario sarà condotto nella necessità di difendersi. Talvolta la dimostrazione che gli si affaccia lo vincerà e sarà tenuto a pagare una seconda volta (4), ma qui si entra in un ordine d'idee che non è più regolato dagli articoli 229 e 230, e prende altre proporzioni.

Vi hanno fatti imputabili ed opponibili al trattario, ed altri che non lo sono. Uno di quei fatti non bene chiarito si è; il trattario che a pura scadenza paga a persona incapace è responsabile o no? (5).

Secondo l'articolo 1243 del Codice civile non è valido il pagamento fatto a persona incapace di riceverlo. Ma il BRAVARD è di sentimento che il pagamento cambiario non sia soggetto a questa regola, poichè il pagatore non può averne una cognizione sufficiente, non dandogliene sentore il titolo che è la sola sua norma (6).

NOUGUIER pensa diversamente. Egli crede che il trattario non sia liberato se non pagando al proprietario capace di ricevere. « Quand « c'est ou un failli, ou un mineur, ou une « femme mariée, ou un interdit, le débiteur « de lettres de change passées à l'ordre de « ces incapables, doit vider ses mains dans « celles du syndic, tuteur ou mari; sans cette « précaution il s'expose à payer deux fois, et « il y est contraint s'il ne justifie que les « sommes par lui versées ont tourné au profit « de la faillite ou de ces personnes ne jouis- « sant plus du libre exercice de leurs droits » (n° 542).

Un nuovo spirito è entrato nella giurisprudenza commerciale, meno ligio alla durezza del diritto civile, che apprezza di più i fatti morali, e in generale più favorevole al commercio. Ora si vuol sapere se il pagatore non abbia commesso una qualche imprudenza; se un uomo accorto non dovesse sentire qualche sospetto per indizi che gli si fossero manifestati (7).

E d'imprudenza sarebbe contabile chi pagasse ad uno sconosciuto; egli ha tutto il diritto di esigere ch'esso legittimi la sua persona (8).

---

(1) Colla quale si compose l'articolo 145 Codice di commercio francese che i Codici di questo tipo hanno successivamente accettato.

(2) Lib. VIII, chap. VI, num. 5.

(3) Fra le quali il fallimento del possessore come si è detto nel numero precedente.

(4) Vedi il numero 780.

(5) Vedi pure il nostro num. 720 e 779.

(6) *Traité de droit commercial*, vol. III, pag. 252 e seg.; ALAUZET, *Comment.*, num. 905.

(7) La legge di cambio austriaca nell'articolo 36 dichiara espressamente — che il pagatore non è tenuto a giustificare la regolarità delle girate. — « Perchè il trattario non ha neppure i mezzi (commenta con ragione il CATTANEO); d'altronde in caso diverso si creerebbe un ostacolo gravissimo alla puntualità e sicurezza del pagamento. Il trattario onesto ma prudente o meticoloso potrebbe cadere in esitanze e timori, e intanto differirebbe il pagamento... » (num. 414).

(8) Il che dichiarano il regolamento inglese, § 8 al. 2; il Codice spagnuolo, articolo 490; la legge del Cantone di Vaud del 4 giugno 1829, articolo 36; il Codice di Wurtemberg, articolo 652, ecc.

Secondo il Codice prussiano, se il creditore non si presenta nel giorno della scadenza, il debitore

Digitized by Google

Articolo 231.

Il possessore di una lettera di cambio non può essere costretto a riceverne il pagamento prima della scadenza.

843. *Osservazioni pratiche sull'articolo.*

843. ***Il debitore può pagare prima della scadenza, consenziente il creditore?***

Non s'intende di leggieri come il creditore *potesse esser costretto* a ricevere il pagamento prima della scadenza (1). Quale mai debitore potrebbe credere di avere simile diritto? Vi è forse bisogno di dire, come fanno gli annotatori dell'articolo 146 del Codice di commercio francese, che il creditore ha contato sul pagamento in quel giorno nè più nè meno, così portando il giro dei suoi affari? (2).

Il vero si è che può pagarsi prima della scadenza, accordandosi fra loro debitore e creditore. La cambiale non si estingue forse col pagamento? Ma badate che ciò s'intende del creditore legittimo, caricandosi il debitore della prova della sua legittimità, giusta le spiegazioni date nel n° 842.

Articolo 232.

Il pagamento di una lettera di cambio fatto sopra seconda, terza, quarta, ecc., è valido, quando la seconda, terza, quarta, ecc. esprime che tale pagamento annulla le altre.

Articolo 233.

Quegli che paga una lettera di cambio sopra seconda, terza, quarta, ecc., e non ritira quella su cui scrisse la propria accettazione, resta obbligato rispetto al terzo che ne è possessore.

844. *Della diversa posizione del trattario in quanto abbia o non abbia emessa la sua accettazione su taluno dei vari esemplari della lettera di cambio.*

845. *Conseguenze che si verificano nei rapporti fra il trattario e il traente, in seguito della situazione anormale che il primo ha fatta a se stesso.*

844. La lettera di cambio può essere spedita a più esemplari (3). La combinazione offre due aspetti, in quanto uno degli esemplari sia rivestito d'accettazione, e in quanto non vi sia accettazione. In questo secondo caso la sicurezza del pagatore non può ottenersi che in uno di questi modi, o ritirando il fascio dei duplicati; o pagando non sulla *prima* lettera di cambio (4), ma sulla seconda, terza, ecc., su quella che è presentata si trovi espresso che il pagamento fatto su quell'originale annulla tutti gli altri.

In principio si era proposta una redazione del seguente tenore — la lettera di cambio pagata dover esprimere *qu'elle annulle l'effet des précédentes.* Ma fu avvertito che la dizione era viziosa, attribuendo l'effetto dell'annullamento più presto al duplicato come tale, che al pagamento medesimo. La *prima* poteva esser già accettata, e allora l'accettazione re-

---

può domandare di esser liberato mediante consegna giudiziaria (articolo 890). Così pure è autorizzato a pagare per consegna giudiziaria nel caso dubbio di una legittimazione personale (articolo 895).

(1) Questo articolo è tolto da una Ordinanza reale del 1713 (Jousse, commento sull'Ordinanza del 1673, tit. v, articolo 4, nota 6).

(2) Il pagamento della cambiale non è *a termine* (entro giorni venti), ma con *termine fissato*. È soltanto nel primo caso che il debitore è in facoltà di pagare in un punto qualunque del termine.

(3) Articolo 196. Vedi i num. 729, 730.

(4) Ben disse il nostro Lissoni: «Quando sono in giro più esemplari *il pagamento non può farsi che sulla* PRIMA, a meno che, ecc. (*Sulle lettere di cambio*, articolo 233).

Digitized by Google

stava inefficace non senza confusione e pericolo. Come altrove si disse (1) una tratta viene spedita per *prima* e *seconda* all'oggetto che mentre s'invia la prima all'accettazione, l'altra non rimanga inerte e fuori di circolazione. E la redazione venne cangiata (2). Pertanto l'efficacia del pagamento è assicurata da che ogni esemplare porti la clausola insegnata dall'articolo 232.

Che se la lettera di cambio, foggiata a più esemplari, è stata accettata, il titolo effettivo, il titolo autentico è quello rivestito d'accettazione. Che se più originali fossero stati per distrazione accettati, o le vicende della circolazione li avessero portati a diversi cessionari di buona fede, niun dubbio che l'accettante dovrebbe a ciascuno replicare il pagamento.

845. Intanto, benchè esposto ad altri pagamenti verso i portatori di altri originali imprudentemente accettati, l'accettante si libera verso il traente; e viene per conseguenza, che questi non può elevar contrasto sul pagamento eseguito se fece la provvista, e non può esimersi di rimborsare l'accettante medesimo se non l'abbia fatta.

D'altro lato se il possessore di altro originale accettato, visto il pagamento già eseguito, si rivolga contro il traente, questi costretto a pagare, potrà dal canto suo obbligare l'accettante a rimborsarlo, quale giuridicamente surrogato nelle azioni del creditore soddisfatto (3). Ma questo avviene allora soltanto che il traente abbia gia fatta la provvista la quale rimase esaurita col primo pagamento (4). O se non ha fatta la provvista, il pagamento che il traente ha dovuto eseguire, sta in luogo della soddisfazione della stessa provvista.

Quanta attenzione si richiede al debitore della lettera di cambio! Ritirare il documento cambiario, si crede quindi necessario; persino il pagamento fatto in virtù di sentenza vuolsi non esser efficace a liberare il debitore (5). Nè la sola detenzione del recapito basterebbe (6); vale dire il possesso del recapito non formerebbe la piena prova della liberazione se non fosse accompagnato dal saldo del creditore, mentre per altro titolo o per frode potrebb'essere pervenuto al trattario. La presunzione però milita a favore di lui, ed in tal grado che l'oppugnatore dovrebbe fornire a gran rigore la prova contraria, cui il trattario può sempre rispondere coll'appoggio de' suoi libri o con altri mezzi; cessando in questo caso il pericolo della circolazione abusiva, di che a ragione si sgomenta il legislatore.

Articolo 234.

Non sono ammesse contro il possessore d'una lettera di cambio le eccezioni che riguardano la persona de' suoi cedenti.

Le eccezioni personali al possessore non possono ritardare il pagamento della lettera di cambio, se non sono liquide o di pronta soluzione; ove siano di più lunga indagine, la discussione ne è rimandata in prosecuzione del giudizio, e intanto non viene ritardata la condanna al pagamento, con cauzione o senza secondo il prudente criterio del giudice.

846. *Delle varie eccezioni che possono sollevarsi a fronte del possessore del credito cambiario, e quando siano o no ammissibili.*

846 *bis. Osservazioni sulla seconda porte dell'articolo. Schiarimenti di procedura.*

---

846. Questa disposizione, che esprime uno dei canoni fondamentali del diritto cambiario, è desiderata dai Codici di tipo francese; e per noi non è nuova (7). È dichiarato il limite delle

---

(1) Numeri 729 e 730.

(2) Locré, *Esprit du Code de commerce*, sull'articolo 147.

(3) Bédarride, num. 404.

(4) Poichè tutto il peso cade sull'accettante a giusto merito della sua negligenza.

(5) Dalloz, *Répert.*, num. 566; Cassazione francese, 5 aprile 1826. — Rigore che può riputarsi eccessivo se non avvenga che l'effetto commerciale restando in circolazione abbia potuto trasmettersi a terzi, acquisitori di buona fede.

(6) Pardessus, *Droit commercial*, n. 401; Alauzet, *Comm.*, num. 907; Nouguier, num. 543; Tribunale di commercio di Parigi, 8 marzo 1843; Cassazione francese, 18 agosto 1852 (Sirey, vol. LIII, part. I, pag. 211).

(7) Formò l'articolo 162 del Codice di commercio piemontese, meno *il rifletiono*, ora surrogato dal modo più italiano e proprio — *riguardano*.

Digitized by Google

eccezioni proponibili al perfetto giratario della lettera di cambio: 1° in ordine alla persona del cedente; 2° alla legittimità dell'acquisto del giratario; 3° alla realtà ed esistenza del credito.

Il cessionario di una lettera di cambio si sottrae alle regole della cessione civile per due ragioni, una delle quali generale, e l'altra speciale al giratario di un effetto di commercio. La generale è l'interesse del commercio medesimo; la speciale è la natura dell'acquisto cambiario mediante il quale l'ultimo giratario è ritenuto avere personalmente negoziato con ciascuno dei soscrittori precedenti (1). Ne segue che codesto giratario non solamente agisce contro il debitore ceduto in virtù della cessione, ma eziandio contro i cedenti del suo cedente secondo l'ordine cambiario a noi abbastanza noto.

Pertanto il debitore che avrebbe interesse per opporre al cessionario eccezioni che gli competerebbero di fronte alla persona del cedente, non può farle valere; e quei titoli di credito abilissimi alla compensazione verso *A.* non hanno nessuna forza contro *B.* suo cessionario (2). Similmente se il traente avesse promesso all'accettante di adempiere a certe condizioni (3), l'accettante non può affacciare questa convenzione inadempita al terzo. Nè i creditori o assegnatari del cedente con titolo non apparente dalla stessa lettera di cambio, sarebbero ammessi a contrastare con sequestri od altri atti il pagamento reclamato dal giratario di buona fede.

E queste sono veramente *le eccezioni che riguardano le persone dei cedenti.*

Ma due altri ordini di eccezioni vengono a considerarsi, sulle quali la legge trascorre in silenzio. Intendo quelle eccezioni: 1° che si riferiscono alla legittimità dell'acquisto del giratario; 2° che possono ferire la realtà ed esistenza del credito. Ne toccheremo brevemente, avendone parlato altrove secondo il vario aspetto di queste leggi che hanno la più stretta attinenza fra loro.

Converrà distinguere fra quelle eccezioni che si presentano all'intuito o risultano dal materiale del documento, e quelle che potrebbero dedursi da fatti morali, dal dolo, per es., degli autori (4). Se la girata è falsa, il debitore, conosciuta la falsità (tuttochè non obbligato a questa indagine), ha legittima opposizione. Ma non solo deve il vizio apparire alla vista del recapito, ma la eccezione deve colpire direttamente l'acquisto dell'attuale possessore della lettera di cambio. Dei vizi delle anteriori girate non può farsi argomento contro di lui. Se essendovi falsità anteriori la girata del possessore attuale risultasse legittima, non si dovrebbe rimontare più in su o andare investigando i difetti delle altre girate.

Neppure è concesso al debitore (traente od accettante) di sollevare eccezioni sulla verità e sussistenza del credito contro il terzo portatore di buona fede. Ognuno di loro ha rispettivamente ricevuto il prezzo onde non può sfuggire al pagamento.

Il corrispettivo di una tratta cambiaria può constare da cause assai differenti (articolo 196, § 6°); per convalidarla basta che il titolo oneroso sia enunciato, e quando la tratta è trasmigrata a terzi di buona fede, non si può discutere rimpetto ad essi la realtà e sussistenza del titolo. Più volte è stato deciso che niuno obbligato può eccepire la nullità di una vendita immobiliare (5), la esistenza d'ipoteca o di altri impedimenti, per ritardare o mettere in dubbio il corrispettivo della tratta affermata nella sua formola (6).

846 *bis.* Ma portandoci ad esaminare le eccezioni che riguardano la persona stessa del possessore della lettera di cambio, egli può offrire lati vulnerabili al debitore, e dar moto ad eccezioni abbastanza forti per non pagare; fra le quali primeggia la eccezione della com-

(1) Nouguier, num. 431.

(2) Altro sarebbe se il designato trattario non avesse accettato; non sarebbe debitore, e potrebbe rifiutarsi al pagamento.

(3) Per esempio di fornirgli documenti, di cancellare iscrizioni ipotecarie, ecc.

(4) *B.* era proprietario di una lettere di cambio; circuito e raggirato da *D.* gliene fece cessione; e costui la trasmise ad *E.* che acquistò in buona fede. La Corte di cassazione francese (5 agosto 1817), confermando una sentenza del Tribunale di commercio di Parigi, dichiarò non doversi far carico della eccezione di dolo opposta dal debitore (Merlin, *Rép.*, v° *Endossement*, num. 13.

(5) Al num. 745 si è dichiarato che una causa non commerciale può legittimare una lettera di cambio, e fra queste una vendita d'immobili.

(6) Cassazione francese, 2 maggio 1836 (Sirey, I, pag. 475); Bourges, 6 agosto 1825 (Ivi, vol. XXVI, part. II, pag. 209); Parigi, 6 febbraio 1830 (Ivi, part. II, pag. 370); Grenoble, 2 maggio 1833 (Ivi, vol. XXXVI, part. II, pag. 165). In tema consimile, ma per circostanze particolari, o per poca accuratezza di principii, si espressero in contrario la Corte di Bordeaux, 18 termidoro, anno VIII (Sirey, v. I, part. II, pag. 686); Bourges, 17 aprile 1832 (Sirey, part. II, pag. 189).

Digitized by Google

pensazione (1). L'art. 234 nella sua seconda parte ha voluto occuparsene di proposito. Un solo schiarimento sarà opportuno, e appartiene alla procedura.

Ove siano di più lunga indagine (le eccezioni), *la discussione n'è rimandata in prosecuzione del giudizio, e intanto non viene ritardata la condanna*, ecc. Se si fosse detto, la condanna non è ritardata, salvo le ragioni del convenuto da proporsi in separata sede di giudizio, la cosa era semplice. Invece si è detto: osservate se l'eccezione *sia liquida e di pronta soluzione;* ove dipenda da *lunga indagine*, ordinate che si faccia tosto il pagamento con cauzione o senza; il giudizio continua, e in fine potrà uscire un'altra sentenza che distrugga la prima e imponga la restituzione.

Costretto qualche volta il Codice di commercio ad inoltrare il piede nella procedura, può nella sua autonomia modificare lo stesso sistema della procedura, e lo abbiamo veduto più volte. Io non credo che qui il Cod. di comm. abbia avuta intenzione di fare qualche cosa che non sia nelle idee del processo civile. Due sentenze definitive non si possono pronunciare: ne conseguita che la prima sentenza è una interlocutoria, mentre non decide altro punto se non quello della illiquidità e incertezza dell'eccezione. Nella sua qualità di sentenza è appellabile, producendo un vero gravame nel dichiarare che ha fatto non essere l'eccezione *liquida e di pronta soluzione*. Se il giudice d'appello si convince immediatamente del contrario, può comandare l'inibizione, giusta l'articolo 484 del Codice di procedura civile? Non credo. Il primo giudice non ha ordinata la esecuzione provvisoria di una sua sentenza definitiva nonostante appello; esso ha obbedito all'ordinamento dell'articolo 234 del Codice di commercio. Se la eccezione ha veramente i caratteri richiesti dalla legge, si revoca la sentenza e si decide il merito della contesa. Ebbe ragione il primo giudice che riconobbe il bisogno d'indagini e di prove? La sentenza è confermata. Non può il magistrato di appellazione assumerne il processo che deve percorrere i due stadi di giurisdizione; e la causa ritorna ond'è partita. O la sentenza proferita dal primo giudice non è appellata, l'acquiescenza non pregiudica al diritto di stabilire l'eccezione *in prosecuzione del giudizio*, come si esprime la legge, e quindi ottenere che l'eseguito pagamento si restituisca.

Articolo 235.

Non è ammessa opposizione al pagamento, salvochè nel caso di perdita della lettera di cambio o di fallimento del possessore.

847. *Niuna opposizione è ammessa; ma che dovrà dirsi*

a) *Se la opposizione provenga dai creditori del creditore cambiario?*

b) *Se dal mandante, a revoca del mandato fatto all'intestato nella lettera di cambio?*

c) *Se dopo la scadenza?*

---

847. Il debitore della lettera di cambio deve pagare, malgrado qualunque opposizione che non abbia radice nei due fatti eccezionali indicati dalla legge. La pratica giurisprudenza ha dichiarato alcune volte che il debitore non deve attendere neppure a sentenze che avessero confermato uno o più sequestri a vantaggio di un girante o di altri (2). Lo scopo importante delle decisioni si è, che il trattario non può neppure allegare il pericolo di una lite vertente; ed è tenuto a pagare. Questo dovere che in altri casi ammette non pochi temperamenti, diventa assai rigoroso in materia di lettere di cambio. È anche vero che nelle specie decise la sentenza non era stata pronunciata in confronto del portatore della lettera di cambio e a carico suo. Ma sarebbe forse ugualmente innocua e priva di risultato l'opposizione che si elevasse per obbligazioni dello stesso creditore? Perchè non sarebbero validi i sequestri fatti dai suoi creditori rispettivi?

a) Vi sono dei crediti non suscettibili di opposizione, insegnò Pardessus (*Droit comm.*,

---

(1) Così dite della novazione, della remissione del debito e di altre eccezioni perentorie.

(2) Sentenza della Corte di Bruxelle del 10 agosto 1808 (Sirey, part. II, pag. 357); della Cassazione francese, 5 aprile 1826.

Digitized by Google

n° 212). « Les unes *par leurs nature*, *telles* « *que les effets au porteur* (1), les autres par « la volonté de la loi, telles les arrérages des « rentes sur le grand livre de la dette publi- « que, conformément à l'article 4 de la Loi « du 28 decembre 1797; et les sommes en « compte courant, dans les banquets autori- « sées » (art. 33 della Legge 14 aprile 1803).

Delvincourt dimostra che il principio si applica alla lettera di cambio, attesochè lo scopo della circolazione sarebbe in gran parte perduto; non mancherebbero opposizioni a comodo, per velleità, per collusione, per ritardare il pagamento; si guadagnerebbe per lo meno il tempo che ci vorrebbe a fare il giudizio (lib. I, tit. VII, sez. 2ª, § 3).

b) Si vuol limitata la regola a favore del proprietario della lettera che avendo dato incarico ad altri di riscuotere per lui, revocando il mandato, diffida il trattario di non pagare. Un mandato, si dice, è sempre revocabile; per conseguenza l'opposizione deve ammettersi. La girata in bianco non è che una procura; quindi anche nel caso della girata in bianco potrà farsi la revoca, notificarsi al trattario, e stornare il pagamento (2).

Io ammetterei questa dottrina qualora dalla stessa lettera di cambio emergesse la qualità di mandatario nel possessore; o risultasse, anche d'altronde, che il possessore medesimo non è che un commissionario, agente nell'interesse del notificante. Non accorderei il diritto della opposizione al soscrittore della girata in bianco, per la ragione principalmente che il giratario avendo l'insita facoltà di apporre il proprio nome sul vuoto (V. n° 821), non può essergli intercisa da prematura opposizione del girante; che se l'opposizione fosse posteriore all'integrazione della girata, essa avrebbe cessato di rappresentare la semplice procura. Allora sarebbe evidentemente inefficace, essendo il diritto di proprietà trasferito nel giratario.

c) Ma l'articolo 235 è suscettibile di applicazione dopo la scadenza della lettera di cambio?

Senza dubbio la scadenza spoglia la lettera di cambio delle prerogative ch'essa ritrae dalla sua facoltà circolante, come si è ampiamente veduto ragionando sull'articolo 224. La sorte dell'effetto commerciale è fissata. Da quel momento è impossibile sostenere che i creditori del creditore non possano far valere i loro diritti con pignoramenti e sequestri, non potendosi ritenere a questo debitore accordato, come taluno bene osservò, lo strano privilegio di non pagare i suoi debiti (3).

Articolo 236.

Nel caso di perdita di una lettera di cambio non accettata, quegli al quale essa appartiene, può domandarne il pagamento sopra seconda, terza, quarta, ecc.

Articolo 237.

Se la lettera di cambio perduta è rivestita dell'accettazione, il pagamento non può essere esatto sopra seconda, terza, quarta, ecc., salvo che per decreto del giudice e mediante fideiussione.

Articolo 238.

Quegli che ha perduta la lettera di cambio accettata o non accettata, se non può presentare la seconda, terza, quarta, ecc., può chiedere il pagamento della lettera di cambio perduta e ottenerlo mediante decreto del giudice, giustificandone la proprietà coi suoi libri o colla corrispondenza, e dando cauzione.

Articolo 239.

Nel caso di rifiuto di pagamento, sulla domanda fattane in forza dei due arti-

(1) Osservate però che nella espressione *effets au porteur* non vengono le lettere di cambio e i biglietti all'ordine.

(2) Note a Pardessus dell'editore Belga, edizione di Brusselle del 1838.

(3) Note suddette; Dageville, *Code de commerce expliqué*, all'articolo 189.

Digitized by Google

coli precedenti, il proprietario della lettera di cambio perduta conserva tutti i suoi diritti mediante un atto di protesta.

Quest'atto deve essere fatto nel giorno successivo alla scadenza della lettera di cambio perduta.

Esso deve essere notificato al traente o ai giranti nelle forme e nei termini stabiliti in appresso per la notificazione del protesto.

Articolo 240.

Il proprietario della lettera di cambio perduta, se vuole procurarsene un'altra, deve indirizzarsi al suo girante immediato, il quale è in obbligo di prestargli il suo nome e le sue cure per agire verso il proprio girante, e risalendo così di girante in girante sino al traente della lettera. Il proprietario della lettera di cambio perduta sopporta le spese.

848. *Veduta generale del sistema.*
849. *Del modo di procedere e degli obblighi che incombono a chi ha perduta la lettera di cambio per mettersi in grado di costringere il trattario o accettante al pagamento.*
850. *Il decreto deve di necessità precedere la domanda del pagamento; il protesto non ha luogo che dopo il rifiuto: confutazione di contrario sistema.*
851. *Azioni che in ogni caso spettano al proprietario della lettera perduta verso il trattario e il traente.*
852. *Osservazioni speciali all'articolo 240.*

---

848. Questi cinque articoli formano un sistema e non abbiamo potuto separarne l'esame. La legge mira a porgere rimedi opportuni per riparare alla perdita della lettera di cambio e versa in varie ipotesi. Se lettera esista in più esemplari, o sia in unico originale. E nel primo caso se la lettera sia stata o no accettata. Se non è stata accettata, può domandarsi il pagamento sulla seconda, terza, ecc., non essendovi pericolo per il pagatore (1). Se vi ebbe accettazione, può procedersi ugualmente, ma si deve prestar cauzione per tranquillare l'accettante nel dubbio che la cambiale accettata non sia per ripresentarsi (2). Se non vi hanno altri esemplari mediante i quali possa giustificarsi l'esistenza della lettera di cambio, è d'uopo stabilire la prova della proprietà, e ancora dare cauzione. Malgrado tali cautele può accendersi lite, ed all'effetto che intanto non siano pregiudicati i diritti verso i coobbligati, la legge insegna il modo. Duro è però il non possedere più una carta che presenta una lunga serie di soscrizioni e tanta mole di obblighi solidari. Ebbene la legge soccorre, per quanto può, a questi bisogni, e indica la via a tenersi. Questo complesso è assai provvido e bene inteso.

849. *Del modo di procedere e degli obblighi che incombono a chi ha perduta la lettera di cambio*, per essere in grado di costringere il trattario o accettante al pagamento.

Le dubbiezze incontrate sul procedimento, appena tracciato dalla legge (3) mi sembrano riferirsi principalmente all'applicazione dell'articolo 237; se sia d'uopo anche in quel caso, come in quello dell'articolo seguente, giustificare la proprietà; come possa verificarsi il *rifiuto di pagamento;* come possa provvedersi alla celerità sì necessaria in un subbietto che implica e compromette tanti interessi (4).

Se io non erro, non vi ha seria difficoltà in

---

(1) Che non ha fuori veruna accettazione.

(2) Ed è in armonia colla disposizione dell'articolo 235.

(3) Non occorre rammentare che la legge francese è identica, onde gli stessi argomenti valgono per amendue le legislazioni.

(4) Osservazioni di HORSON, quest. 100 e 101; di PERSIL, sull'articolo 151; di DALLOZ, *Effets de commerce*, sect. VIII, num. 8; i vari sistemi della Corte di Lione, riportata dal primo dei citati autori; e della Corte suprema di Francia nella sentenza del 1° dicembre 1828 (DALLOZ, *Recueil*, an. 1829, tom. I, pag. 157).

Digitized by Google

tutto questo. Perduta la cambiale che porta l'accettazione, se altri esemplari esistono e sono in mano del creditore, egli non può dirigersi di tratto al debitore per essere pagato, come nella contingenza dell'articolo 236, ma deve prima regolarizzarsi. Invoca un decreto dal giudice ed offre cauzione. Col nome generico di giudice s'intende o il pretore nelle cause commerciali di sua competenza (art. 71 del Codice di procedura civile), o il presidente del Tribunale di commercio. Noi non possiamo rimanere in dubbio su tale attribuzione essendosi con proposito adoperata la dizione *decreto di giudice*, ed essendo noi istrutti dall'art. 50 della stessa procedura che « i provvedimenti dell'autorità giudiziaria fatti *sopra ricorso di una parte senza citazione dell'altra*, *hanno nome* DECRETI » (1). La esibizione della *seconda*, *terza*, ecc., giustifica sufficientemente il possesso anteriore della cambiale vera all'effetto di agire contro chi di ragione; ciò che più rileva è l'assunzione ed approvazione della malleveria che commercialmente suol farsi mediante fideiussore; e il giudice dirà — *Visto, ecc., si ammette la cauzione fideiussoria nella persona del S..... per gli effetti dell'articolo* 237 *del Codice di commercio.*

È troppo evidente la differenza fra questo e il caso preveduto nell'articolo che viene appresso, e troppo espressa la discretiva, dappoichè soltanto nell'articolo 238 viene ingiunta la giustificazione della proprietà coi libri, ecc. Ed è ragione, non avendosi l'appoggio di altri esemplari, *fac-similes*, che suppliscono fino ad un certo punto al documento mancante. Prove qui si richieggono, esibizioni di libri, di corrispondenze; se il giudice se ne persuade, ammette alla cauzione e fa un decreto come sopra.

Munito di tale abilitazione e di un certificato di cancelleria provante che il fideiussore ha prestato l'obbligo di rispondere solidalmente per qualunque molestia potesse venire al trattario da un terzo possessore qualunque, il creditore si presenta al debitore per esser pagato. È da credersi che sarà stata fatta opposizione, siccom'è previsto nell'art. 253 (2); il debitore, pagando, ritira quegli atti che valgono ad assicurarlo. Il decreto del giudice, quantunque unilaterale, ha virtù *quoad omnes* per quanto è nella sua natura; restituisce in certo modo il creditore in possesso del titolo smarrito e lo autorizza a fare la domanda del pagamento.

Questo e non altro è l'effetto del decreto, onde rimane il campo aperto a non poche questioni successive, questioni di fatto che la legge non può antivenire. La condizione creata al debitore non è per certo desiderabile ai commercianti che non amano gli affari sospesi. Tuttavia egli non può fare una opposizione di principio. È nell'interesse del commercio come della verità il soccorrere ad un evento spiacevole che può colpire i più diligenti. Ma il debitore non è senza sospetto; teme qualche mistificazione; dubita non fosse il presentatore vero proprietario; o non gli conviene la malleveria. Può insomma *rifiutare il pagamento* (articolo 239).

È allora, ma allora soltanto, che si fa luogo al protesto nell'evidenza dell'articolo 239 (3).

Il debitore può preferire una lite ove dedurre le sue eccezioni. Padrone! Il creditore rientra perfettamente nell'ambito dell'art. 248. Egli deve elevare nei modi soliti il protesto o notificarlo (4).

Il sistema è reso semplice dalla facilità con cui può ottenersi il decreto, benchè la cambiale si smarrisse nel giorno stesso della scadenza. Nondimeno in qualche rarissimo caso l'espediente potrebbe non riuscire del tutto. Non sempre, in tale urgenza di tempo, potrà richiamarsi la prova della proprietà; trovarsi un amico compiacente e un fideiussore abile; o forse il protesto non potrà eseguirsi nel tempo debito. Il danno ricadrà sul creditore, nessun dubbio: ma la legge non lo garantisce da tutte quante le conseguenze di un tale disordine.

Ancora un altro riflesso che tiene alla procedura. Il presidente del Tribunale di com-

(1) L'articolo 165 del Codice di commercio albertino diceva *ordinanza*, ed il francese art. 151 — *ordonnance du juge*. — E come oggi *ordinanza* ha un significato diverso e più preciso (detto art. 50), la novella redazione surroga *decreto*.

(2) L'opposizione non è necessaria, ma utile cautela.

(3) Vedi il seguente num. 850.

(4) « Ma come si farà tale protesto mancando la cambiale da trascriversi, che è di essenza dell'atto di protesto? » osservava l'avvocato BASSENO nelle sue annotazioni al Codice di commercio italiano (articolo 239). « In questo caso, egli aggiunge, insegnano gli autori che si dovrà redigere un processo verbale indicante lo stato delle cose, e fare una protesta e riserva di diritto contro chi di ragione ». Insomma è il protesto dell'articolo 248 nè più nè meno, nel quale in luogo della cambiale sarà trascritto il decreto del giudice e il certificato della fideiussione prestata.

Digitized by Google

mercio non ammette, suppongasi, la domanda del creditore; non gli pare che il possesso precedente o la proprietà siano stati sufficientemente giustificati. Si può ricorrere al tribunale? Per via di semplice reclamo dal decreto del presidente, non credo. In codesti procedimenti *sui generis* non si può eccedere di leggieri la parola della legge (1); nè un'attribuzione specialissima può esser estesa. In seguito del rifiuto del presidente si potrà istituire un giudizio formale davanti il Tribunale di commercio, citati il traente e l'accettante, o altri che si credono interessati, e così stabilire la proprietà e dare fondamento certo al diritto d'azione da esercitarsi in tempo opportuno.

850. Ora io ho bisogno di fermarmi alcun poco sull'articolo 239 per causa delle tormentose interpretazioni che ha subite nel suo innocente precursore, l'articolo 153 del Codice di commercio francese (2).

Scrittori commerciali di prim'ordine si erano ostinati nell'idea che il *rifiuto di protesto* contemplato in quell'articolo sia quello che tien dietro ad una *demande amiable;* quella domanda amichevole che, non ascoltata, spalanca le porte al giudizio.

Locré profferì questo concetto (3). Il *rifiuto*, egli diceva, non è già dell'obbedire alla ordinanza del giudice, e dopo la condanna; ma quello che si emette prima dell'una e dell'altra sulla domanda bonaria del pagamento. Bédarride ha tutta la convinzione che Locré sia nel vero. Difatti (sentite ragionamento!) le formalità prescritte dalla legge non diventano obbligatorie se non quando (bisogna dirlo colle parole proprie) « l'objet *qu'elles ont pour but* « *de remplir ne peut être amiablement acquis* « *entre les parties* ». Ora non può essere nello spirito della legge impedire questo esito desiderabile; le formalità che gli art. 151 e 152 prescrivono (i nostri 237, 238) sono stabilite nell'interesse del pagatore che può rinunziarvi; *dunque..... dunque* il est évident che prima di ricorrere alla giustizia, il proprietario della lettera perduta s'informerà della intenzione del debitore; e non darà mano agli atti giudiziari che in seguito del rifiuto del pagamento (n° 425) (4).

Ho voluto tradurre questo passo che è un vero modello di logica, ed ha una conclusione condegna, essendo, secondo l'autore, tal soluzione che *fa sparire una difficoltà grave, se l'atto di protesto possa precedere l'ordinanza del giudice, o non sia valevole se non preceduto dalla ordinanza.*

La prima opinione, si dice, è quella di Pardessus (n° 423), e di Nouguier; e che la giurisprudenza si parte in due giudicati (5); ma si reputa di gran lunga preferibile la seconda sentenza.

Come mai *senza rifiuto di pagare* vi può essere una istanza giudiziaria, un protesto e via discorrendo? D'altronde egli è un manifesto confondere il pagamento e l'atto di protesto, che sono due cose distintissime. Insomma « les formalités des articles 151 et 152 ne « sont obligatoires que lorsqu'il s'agit d'un « payement effectif. Mais elles demeurent « étrangères à un acte purement conservatoire qui n'empire en rien la position des « endosseurs » (n° 428).

Tralascio altri argomenti che non sono molto più efficaci, dei quali mi occupo del resto in questa breve confutazione.

Non credo che nella sostanza vi sia differenza *fra atto di protesta* (articolo 239) e *protesto*, sulla quale differenza insiste molto il nostro autore. L'*atto di protesta* (espressione confusa che la nuova redazione avrebbe fatto bene a togliere) non differisce se non perchè non può riprodurre a rigore ciò che prescrive il capoverso 1° dell'articolo 260. *Questo atto,*

(1) Siccome si permise il sig. Bédarride (n. 415), associandosi l'autorità di Nouguier, che così ritenne nel suo *Traité des tribunaux de commerce*, tom. II, pag 181; pei quali autori le espressioni — *ordonnance du juge* — erano *détournées de leur acception ordinaire*, non senza convenire — *qu'on n'avait jamais donné cette dénomination à la décision d'un tribunal* Ebbene — si aggiunge con ammirabile disinvoltura — *c'est bien de cette dernière qu'il s'agit dans notre article actuel.*

(2) Ne parlo come di obbiezioni che potrebbero rifarsi; ne parlo perchè io non posso sperare che il libro, per quanto si sforzi di essere compiuto, faccia distrazione molto sensibile dai libri francesi che sono i nostri oracoli.

(3) *Esprit du Code de commerce*, all'articolo 153.

(4) Altre parole notevoli: « De *toute nécessité* donc « l'instance judiciaire sera précédée d'une demande « amiable! ».

(5) Per brevità tralascio di enumerarli; del resto possono vedersi nell'autore, che li toglie in gran parte da Persil. Non ricordo che due decisioni, una della Corte di Parigi del 7 dicembre 1843, che l'articolo 153 (239) *non impone a pena di nullità* di far precedere l'atto di protesto alla ordinanza del giudice; e una della Corte suprema di Francia del 17 dicembre 1844, che confermando la sua dottrina già enunciata in altra precedente del 3 marzo 1843, e contro la sua tradizione anteriore, fermò *che l'atto di protesto per esser valido deve susseguire alla ordinanza del giudice.*

by Google

il che si comprova nel 2° comma dell'art. 239, dovendo esser fatto precisamente come il protesto *nel giorno successivo alla scadenza*, e ne ha tutti gli effetti.

Nessuna legge dispone in previdenza di un accordo; ogni legge dispone invece per regolare gli affari in contestazione. Inutile dunque il dire che prima abbiasi a ricercare *in via amichevole* il trattario; che se poi non consentisse, ecc. Lungi che la legge voglia frapporre ostacolo a questo *esito desiderabile*, essa ne tace del tutto, lo permette, ma non lo comanda. Parmi di avere nel numero precedente bene assodato il principio osservando che non si può (legalmente parlando, e con effetto) presentarsi al trattario senza il documento, e senza una cauzione già dal giudice approvata; e questo io chiamai con parola poco elegante, ma tecnicamente propria, *regolarizzarsi* prima di fare un passo così importante (1). È allora che il rifiuto può essere condannato e produrre conseguenze legali, fra le quali *eminet* il diritto di erigere il protesto.

Il protesto adunque per esser qualche cosa, per essere un atto legale, *dev'essere posteriore al decreto e all'offerta della cauzione approvata dal giudice*. Senza di ciò e il danno e la beffa ricadrà sul precedente creditore che, mancante di ogni titolo, si fa a richiedere il pagamento o, *rebus sic stantibus*, l'obbligazione del pagamento (2). Io non intendo quelle distinzioni tra le formalità degli art. 151 e 152 (237 e 238) e il protesto, quasi siano atti indipendenti. No, se si riguardi il sistema della legge e gli effetti che ha in mira di produrre, non sono atti indipendenti; il protesto ha sempre il suo punto d'appoggio nel titolo del credito cambiario; e se il titolo non esiste, è ben d'uopo fornire un surrogato.

Non so come contare tutti gli errori. *La protesta*, secondo questo autore, *è la prova della proprietà!* (3). Lascio ad altri il rispondere. Ciò che mi fa maraviglia è, che essendo prova della proprietà non basti a dare azione per conseguire il pagamento! (4). Questo, si aggiunge, non potrà essere imposto che dalla ordinanza del giudice. Mai più, o signore; l'ordinanza (decreto) del giudice non contiene condanna al pagamento, pronunciandosi *inaudita parte;* la condanna non potrà ottenersi che in seguito del rifiuto di pagamento e dopo il protesto, precisamente come si fa quando la lettera di cambio non è soddisfatta (5). La protesta (protestation) è però tale atto che stabilisce *una prova definitivamente acquistata*, e intorno alla quale si eleverà discussione coi giratari! Siamo da capo colla prova acquistata. Se voi fate un protesto o una protesta in quello stato di cose, fate un buco nell'acqua; i giratari non discutono nulla, ma vi dicono semplicemente, non siete in regola, non vi conosciamo. — Ogni altra parola sarebbe superflua.

851. Aggiungo solo un riflesso che serve a completare le mie idee sull'argomento.

Chi ha perduta la lettera di cambio nel giorno stesso in cui doveva realizzarla, e non può fare le prove occorrenti nè ottenere il decreto, soffre una disgrazia come un'altra; e non potendo più impor legge all'accettante, nè fare validamente il protesto, decade verso i giratari (6). Protestando però, *ad cautelam*, con atto notificato al trattario e al traente, può preservare i suoi diritti verso di loro. Varrebbe quanto ad essi una inibizione per non pagare ad altri; e, facendo ancora meglio, il creditore può istituire in loro confronto un giudizio onde stabilire la proprietà della lettera perduta e conseguire ordine di pagamento.

852. *Sull'articolo* 240.

Si è voluta prevedere ogni fase di questo sgraziato incidente. Se la carta è stata perduta in tempo non prossimo alla scadenza (cadde, p. es., nel fuoco), e non vi è urgenza, si propone il mezzo semplice della rinnovazione del recapito onde rimetterlo in circolazione. S'intende, ciò avviene quando non si hanno altri originali. È una facoltà, non già

(1) Pare che i francesi suppongano che sia necessario prepararsi con un giudizio, e difatti essi credono che occorra una sentenza di tribunale (V. il numero precedente). Noi invece abbiamo provato che non si esige che una istanza senza citazione di parte e un semplice decreto.

(2) Se tempo avanti la scadenza, perduta la lettera, alcuno si presentasse al *trattario per l'accettazione!* Sarà necessariamente respinto, poichè non vi è accettazione senza documento accettabile. E così pure, se dopo l'accettazione dicesse all'accettante: confermatemi la vostra obbligazione.

(3) « Ici la preuve de la propriété résultera de la « protestation même! ».

(4) « Sans doute cette preuve ne suffira pas pour « amener le payement ».

(5) L'articolo 238 non dice e non può dire che il giudice condanna; ma che *il pagamento si può ottenere mediante decreto*, ecc., perchè quel decreto è il mezzo e la condizione per ottenerlo, costituendo il rifiutante in una posizione illegale, dopo di che potrà essere condannato con sentenza.

(6) Ciò è stato pure avvertito al num. 849.

Digitized by Google

un obbligo, restando sempre aperta la via dell'articolo 238, e l'azione giudiziale, che del resto dovrà esercitarsi se il girante immediato e gli altri obbligati non volessero prestarsi a tale dovere. Ma non rimangono essi esposti a molestie, avendo già firmato un'altra obbligazione? Io credo che si dovrà procedere con questa cautela. Che il chiedente dovrà, col savio beneplacito del magistrato, dare cauzione qualora non possa fare la prova certa della distruzione del recapito. Che se alcune degli invitati a replicare la loro firma, potesse invece denunciare il possessore della carta sottratta al suo proprietario, questi sarà in obbligo di tentarne almeno la rivendicazione, essendo l'azione verso i segnatari naturalmente sussidiaria.

Articolo 241.

L'obbligazione del fideiussore accennata negli articoli 237 e 238 si prescrive col decorso di cinque anni.

853. Novità che questo disposto ha portato nella legislazione commerciale.

---

853. Sono note le critiche sollevate contro l'articolo 155 del Codice di commercio francese, che dichiara « éteint l'engagement de « la caution... *après trois ans*, si pendant ce « temps il n'y a eu ni demandes, ni poursuites « juridiques ». Ma che sarà dopo i tre anni, chiedevasi? L'azione cambiaria non si prescrive che dopo cinque (1). Vi è dunque uno spazio di tempo nel quale il trattario rimane scoperto d'ogni garanzia. Questo obbietto fece impressione sin da principio; sorgeva contrasto da molti seggi della magistratura (2). Si aveva un potente riscontro storico in un Decreto del Parlamento del 7 settembre 1663, dal quale sembra essere derivata la successiva dichiarazione del 9 gennaio 1664. PARDESSUS (*Cours de droit comm.*, n° 411) trovava la cosa molto facile, stantechè, secondo il suo modo di vedere, l'accettante eziandio allo spirare del triennio era liberato, ritenendo che il pagamento da lui eseguito in forza di ordine giudiziario fosse la *prova completa* della sua liberazione. Non pose mente l'illustre scrittore che, sussistendo questo effetto del giudicato, l'accettante sarebbe stato immediatamente liberato, e diveniva inutile la cauzione. Ora è un'opinione del tutto abbandonata.

In realtà la differenza del tempo prescrittivo esisteva. L'inconveniente non isfuggì a taluno dei membri della nostra Commissione speciale (3). La risoluzione presa in quella tornata fu di questa maniera. « La Commissione persuasa da queste ragioni (Vedi la « nota), e ricordando a quante ben fondate « censure abbia dato luogo in Francia la corrispondente disposizione di quel Codice, determina che il fideiussore, cui accenna questo articolo, *non possa esser liberato che nel « decorso di cinque anni* ».

I motivi che consigliarono altra volta l'adozione del sistema che continua a dividere i commercialisti francesi, si compendiano in questi. Dopo due o tre anni havvi la più fondata presunzione che il recapito sia stato distrutto; o almeno che non sia stato trasmesso a terzi. Nell'interesse del proprietario e del commercio in generale, non vuolsi aggravare la difficoltà, per se stessa non lieve, di rinvenire un fideiussore (4). Un peso conviene anche concedere alla decisione del magistrato che ha vi-

---

(1) Articolo 189 del Codice di commercio francese, articolo 282 del nostro.

(2) La Corte suprema faceva voti per la soppressione del relativo articolo del progetto. La Corte di Parigi lo avrebbe mantenuto alla condizione che l'azione cambiaria si prescrivesse collo stesso termine (*Observations des Tribunaux de cassation et d'appel sur le projet du Code de commerce*, pag. 10 e 397.

(3) « Un membro della Commissione fa avvertire che in esso (articolo 169 del Codice di commercio albertino) si stabilisce una prescrizione triennale in favore del fideiussore di colui che ottiene il pagamento di una lettera di cambio perduta, mentre che poi la legge altrove fissa a cinque anni il tempo necessario a prescrivere qualunque azione relativa a lettere di cambio ed a biglietti all'ordine (Processo verbale della tornata del 26 aprile 1865).

(4) Così avvertivano SAVARY, livr. III, chap. IV; JOUSSE et BORNIER, sull'articolo 20, tit. V, dell'Ordinanza del 1673; ma allora l'azione cambiaria non si prescriveva che coi soliti trent'anni. Invece la fideiussoria si prescriveva con tre.

Digitized by Google

sitato le prove e se ne convinse. Potrà tuttavia temersi una falsa girata, la quale però suol portare in sè la dimostrazione del proprio vizio. Il caso inverso sarebbe di quella straordinaria rarità che non impegna il legislatore (1), nè mancherebbe all'accettante l'azione d'indennità verso il mendace proprietario (2).

Ma l'idea che ora ha trionfato sembrami e più ragionevole e più giusta. Il vero e precipuo oggetto della cauzione è di assicurare il debitore che ha pagato senza ritirare la propria obbligazione, e sospende nel suo libro una partita che, quanto a lui, dovrebb'esser cancellata. Stando egli perfettamente ordinato mentre il creditore può anche presumersi trascurato e negligente, per prima cosa deve usarsi con esso lui piena giustizia; nè lasciarlo esposto, un'ora sola, a pericolo qualunque di replicato pagamento. Io dirò che chi trova un amico che lo garantisce per la durata di tre anni, lo trova egualmente per la durata di cinque. Ma fosse questa pure una difficoltà, il creditore non è punto in una situazione favorevole per godere tutti i vantaggi.

Articolo 242.

I pagamenti fatti a conto di una lettera di cambio sono a scarico del traente e dei giranti.

Il possessore deve far protestare la lettera di cambio pel soprappiù.

864. *Se il creditore della lettera di cambio sia non solamente in facoltà, ma esiandio in obbligo di accettare gli acconti che gli sono offerti dal trattario.*

864. La facoltà di ricevere pagamenti parziali è un concetto moderno; in tempi anteriori al Codice di commercio francese, il presentatore perdeva il diritto di ricorso per l'avanzo! Rigorismo senza ragione! Ma sorge questione non facile, se il creditore eserciti una facoltà o sia tenuto a ricevere il pagamento parziale.

Come il diritto del portatore della lettera di cambio non può che corrispondere alla obbligazione del trattario, perciò se il trattario è nel diritto di pagare parte del debito, non può competere all'altro la facoltà di rifiutarla. Se l'accettazione fu parziale (nº 788), bisogna ricevere la somma per la quale il trattario si è obbligato, e non gli si può chieder di più (3). Se il designato trattario non si è costituito accettante, paga quanto stima essere nel debito suo, e il creditore non può opporsi, salvo il protesto pel rimanente. Resta l'altra ipotesi, che è la sola interessante, quella relativa all'articolo 242.

Vi è un sistema (4) che pretende obbligato il presentatore a ricevere gli acconti che gli si offrono. La disposizione del Codice di commercio sarebbe senza senso se non fosse derogatario dell'articolo 1244 del Codice Napoleone (1246 dell'italiano) (5).

Il sistema contrario si appoggia sul principio di ragione comune che veniamo dall'accennare; e mostra che l'articolo 156 del Codice di commercio francese (il nostro 242) non è espresso in termini da portarvi una derogazione (6).

È questo il principale fondamento dell'opinione che non ammette nel creditore l'obbligo di ricevere parte soltanto del credito. Noi così riteniamo; difatti l'espressione della legge è semplicemente enunciativa, non imperativa. Visto poi il dubbio in relazione al debitore, si dissipa tosto. Il debitore di cento quale diritto ha di pagare il decimo o il ventesimo? Se niuna legge o ragione può conferirgli questo diritto (7), non può immaginarsi obbligo nel creditore di ricevere somme a conto. La legge dice che *i pagamenti fatti a conto sono a scarico*, ecc., e s'intende; ed è così facile inten-

(1) *Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur* (Leg. 4, Dig. de legibus).

(2) Bravard, *Traité du droit commercial*, vol. III, pag. 387 e seg.

(3) O il presentatore fece già gli atti di protesto (articolo 211, num. 788), o non facendoli, il suo credito rimase pregiudicato: checchessia, l'accettante è nel suo diritto.

(4) Bravard, pag. 248.

(5) « Il debitore non può costringere il creditore « a ricevere in parte il pagamento di un debito, « ancorchè divisibile ».

(6) Delvincourt, tom. II, pag. 28, nota 3; Nouguier, num. 531; Bédarride, num. 446.

(7) Per certo non potrebbe fare di somme parziali offerta valevole (articolo 1260, num. 3 del Codice civile).

Digitized by Google

derlo che da questo lato non si vedrebbe perchè siasi scritto un articolo apposito.

Nel fondo di questo articolo, comechè non la esprima, vi è una avvertenza utile al creditore. Avvisandolo essere in facoltà sua di ricevere somme parziali, e che non ne risentirà pregiudizio protestando pel residuo, la legge lo ammonisce tacitamente di non pregiudicarsi invece col non riceverle. L'accettante onesto e mal in forze, che non può pagare 10,000 lire, e offre quelle sole 5000 delle quali può disporre, fra una settimana potrà trovarsi allo spedale dei falliti. Il creditore duramente respingendo l'offerta, sarà tenuto in colpa dai suoi rilevatari che perderanno quella somma per cagion sua. Io mi associo molto volentieri a questo avvedimento del BÉDARRIDE, e in tal senso potrà dirsi che se non dal diritto, può essere il creditore tenuto nel proprio interesse a sgravare il debito a vantaggio dei suoi rilevatari medesimi.

Articolo 243.

Il giudice non può accordare veruna dilazione per il pagamento della lettera di cambio.

855. *Brevi osservazioni.*

855. Nessun indugio nè legale nè giudiziale per la esecuzione delle lettere di cambio. Quello è rimosso dall'articolo 221, questo dall'attuale. Vietato al giudice di accordare *dilazioni al pagamento:* il che non toglie di poter accordar termini per l'istruzione della causa, per lo sviluppo delle prove, e simili. Il Codice di commercio francese ebbe una ragione sua propria per doverlo dichiarare, poichè l'articolo 1244 di quel Codice civile non consentendo al debitore di pagare parte del debito, autorizza il giudice ad accordargli una moderata dilazione per l'intero. Il nostro Codice civile ha tolto via questa specie di diritto di grazia eziandio rapporto ai debiti civili.

SEZIONE X.

Del pagamento per intervento.

Articolo 244.

La lettera di cambio protestata può essere pagata da chiunque intervenga per il traente o per uno dei giranti.

L'intervento e il pagamento sono dichiarati nell'atto di protesto o in seguito di esso.

Articolo 245.

Quegli che paga la lettera di cambio per intervento, è surrogato nei diritti del possessore e nei doveri di questo per le formalità da adempirsi.

Se il pagamento per intervento è fatto per conto del traente, tutti i giranti sono liberati.

Se è fatto per conto di un girante, sono liberati tutti i giranti susseguenti.

Se più persone intervengono per il pagamento di una lettera di cambio, è preferita quella che libera un maggior numero di obbligati.

Il trattario che si presenta per pagarla, è sempre preferito ad ogni altro.

856. *Esame, anche per relazione ad altra parte del commento, su temi che interessano il presente soggetto:*

a) *In quale stato di cose può aver luogo il pagamento per intervento;*

Digitized by Google

b) *A quali persone è data facoltà d'intervenire per fare il pagamento;*
c) *Dell'ordine di preferenza fra più concorrenti al pagamento spontaneo;*
d) *Per quali persone s'interviene;*
e) *Effetti del pagamento per intervento.*
857. *Varietà e limiti di codesti effetti giuridici secondo particolari circostanze.*
858. *Se al creditore della lettera di cambio sia lecito negarsi alla cessione dei suoi diritti verso il pagamento spontaneo.*
859. *Azioni di restituzione contro il possessore della lettera di cambio: saggio di alcune contingenze relative, fra le quali la falsità della firma della persona per la quale s'interviene.*

856. Nel tema *dell'accettazione per intervento* svolto con una certa ampiezza dal numero 795 all'800, si contengono principii in massima parte comuni a quello che ora ci si presenta passando dallo stadio dell'accettazione a quello del pagamento. Noi faremo, ove sia opportuno, un breve lavoro di relazione che servirà a viepiù consolidare la nostra dottrina.

a) *In quale stato di cose può aver luogo il pagamento per intervento.*

Il notaio o l'usciere, ufficiali incaricati al protesto, si reca all'accettante, se c'è; o al trattario designato, e se non pagano, interpella successivamente i bisognatari, ove siano indicati. E niuno muovendosi ad eseguire il pagamento, l'uffiziale stende il suo atto di protesto. È allora soltanto che può aver luogo l'intervento officioso di un terzo; fatto indispensabilmente supplementario, avendo i giranti tutto l'interesse che il pagamento sia eseguito a piena estinzione dal debitore diretto (nº 795).

b) *A quali persone è data facoltà d'intervenire per fare il pagamento?*

Si è detto quanto basta al nº 797, aggiunte però le riflessioni seguenti.

c) *Dell'ordine di preferenza fra più concorrenti al pagamento spontaneo.*

Nel nº 800 abbiamo additati i criteri di preferenza che la scienza o la pratica suggerisce rapporto all'accettazione spontanea. Uno di quei criteri è tradotto in legge, dichiarando il nostro articolo 245 quello doversi preferire che *libera un maggior numero di obbligati*. Nel citato nº 800 si ricordano le dispute elevate sulla legittimità del trattario a riprendere per via d'intervento l'accettazione ricusata; la dottrina più ricevuta concede al trattario questa facoltà; ma la preferenza era data allo stesso possessore della lettera di cambio. Il Codice di commercio albertino era già andato nel senso favorevole al trattario (articolo 173) nella ipotesi del pagamento. Il nostro articolo 245, capoverso ultimo, adotta quel concetto migliorando la dizione.

Io non dubito che, nascendo questione, l'ordine dell'intervento all'effetto di pagare debba uniformarsi a quello che si statuisce rapporto all'intervento per accettare. Ma ove non si reclami il privilegio e siasi anche seguito un ordine diverso, è indubitato che il trattario interveniente è divenuto il debitore, e soppianta tutti gli altri nell'onore di pagare. Evidentemente la legge suppone che il trattario non sia stato accettante per intervento; e la gara si manifesti in questa crisi decisiva. Ed io sono anche di parere, che vi possa essere *pagamento per intervento* di un terzo dopo una accettazione per intervento, se colui che l'assunse manca nel più bello all'impegno solenne (1).

d) *Per quali persone s'interviene?*

Per il traente, per un girante, per tutti i giranti.

e) *Effetti del pagamento per intervento.*

L'articolo 243 non osserva questo fatto che negli effetti utili che produce a favore delle persone obbligate nella lettera di cambio. Naturalmente il pagamento ha maggior efficacia dell'accettazione.

Nouguier si esprime con più forza: « Les « effets de l'acceptation ou ceux du payement « par intervention sont diamétralement op« posés (2). Par l'acceptation l'intervenant se « met au lieu et place du tiré, se constitue « *débiteur*, et se rend communes toutes les « obligations des signataires de la lettre de « change. Par le payement, au contraire, l'in« tervenant se met au lieu et place du *por-*

(1) Sul fine del num. 800 si è notato di più che il trattario può instare per essere preferito nel pagamento a colui che ha accettato per onor di firma, quantunque questi sia pronto a compiere l'assunta obbligazione.

(2) Io non li direi *effetti opposti*, ma piuttosto successivi e diversi nei risultati.

Digitized by Google

« *teur*, il devient *créancier*, et il opère à son « profit la subrogation légale dans tous les » droits et actions du propriétaire de la lettre » (n° 591).

Il pagamento per intervento scioglie la catena delle obbligazioni che esistevano fra il possessore della lettera di cambio e gli obbligati originari, e stabilisce una nuova serie di obbligazioni fra essi e l'interveniente. Eseguito *per conto di un girante*, *sono liberati tutti i giranti susseguenti*, imperocchè la liberazione dell'autore approda ai suoi successori, precisamente come se il pagamento fosse stato fatto dalla persona stessa per la quale s'interviene; restano però in obbligazione i giranti anteriori, il traente e la persona stessa per la quale il terzo si è interposto (1). Se venne invece in contemplazione il traente, la legge appropriandosi il canone scientifico, dice che in tal caso *tutti i giranti sono liberati*; in quella guisa appunto che se il pagamento fosse stato fatto dal traente medesimo (2).

Per ciò che riguarda i diritti e le azioni del pagatore per intervento, osservazione assai considerevole è la seguente. Che il pagatore fa meglio il proprio interesse non divisando la persona o le persone per le quali si presta, subentrando così per virtù di diritto in tutte le ragioni del portatore della lettera di cambio. Come accettante, il suo interesse è diverso: indicando la persona garantita, limita nello stesso tempo la propria obbligazione. È chiaro che il pagatore non acquista i diritti e le azioni del possessore se non alla condizione di adempiere le prescrizioni di legge imposte al portatore medesimo, quali sono di eseguire il protesto e gli atti relativi.

857. Ma è questa una teoria che non procede sempre per regole generali. Il pagamento per intervenzione, disse sapientemente PARDESSUS (n° 407), *è meno una estinzione del debito che un modo particolare statuito a favore della lettera di cambio per trasportare i diritti del portatore in colui che in tal modo soddisfa il debito*. Quindi si formano altre regole subalterne o circostanziali, alcune delle quali non sono che conseguenze che si svolgono da questo nuovo e inaspettato rapporto giuridico.

Il pagatore per persona determinata acquista i diritti accessori che potessero appartenerle, come i diritti di avallo e le cauzioni ipotecarie stipulate nella sua specialità (3). Per correlativo il pagatore impone a se stesso gli obblighi speciali di questa persona. Se (poniamo l'esempio) la persona contemplata aveva dietro sè una o più girate anteriori *senza garanzia*, il pagatore non ha azione verso quei giranti che si fossero premuniti di questa clausola.

Nè si può vantare posizione d'interveniente cogli effetti che le sono propri, qualora l'intervento non sia veramente spontaneo. Legato da impegni precedenti, l'interveniente, presso a poco come il trattario che ha ricevuta la provvista, non farebbe che soddisfarli, nell'interesse totalmente del di lui mandatario; e non acquisterebbe diritti a se stesso (PARDESSUS, n° 407).

858. Non è senza difficoltà il definire se il portatore della lettera di cambio insoluta possa rifiutare il pagamento che un terzo gli offre. Può dirsi per l'affermativa, che niuno è tenuto a cedere i propri diritti, quantunque senza conseguenze, e quantunque gli sia pagato il credito. Il PARDESSUS nel citato n° 407 fa una distinzione, giudiziosa se vuolsi, ma che non sembra decisiva. Egli dice così. Se l'interveniente non aspira colla sua offerta fuorchè a guadagnare un conto di ritorno (una senseria), non si crede ragionevole ch'egli possa costringere il portatore della lettera di cambio a cedergli i suoi diritti. Ove però di fronte al rifiuto dichiarasse che avendo fondi del suo amico, o ritenendo conto aperto con lui, egli intende prevalersi di questa situazione per onorare la firma di lui ed esonerarlo dal debito, nulla pretendendo del resto nè per conto di ritorno nè per ricambio, crede l'illustre autore che il rifiuto sarebbe ingiusto. Se non che eziandio in quel caso in cui si ritiene potersi respingere l'offerta del volontario interveniente, reputa PARDESSUS che il creditore non potrebbe esercitare le sue azioni fuorchè in quei limiti nei quali lo stesso interveniente avrebbe potuto esercitarle. Riferisco l'esempio preciso. Pietro si offre di soddisfare una lettera di cambio rivestita di otto girate, ma nel

(1) Qualora sia garantito per favore anzichè per qualche obbligazione che l'interveniente avesse verso di lui.

(2) Tizio pagando per il traente si era fatto surrogare da un usciere poco esperto *in tutti i diritti del portatore*. La Cassazione francese (2 agosto 1848, SIREY, part. I, pag. 693) giudicò illegittima la surrogazione; e traendo le dovute conseguenze dalla teoria, dichiarò che il traente o lo stesso pagatore in nome e vece di lui, sarebbero respinti dai giranti colla eccezione della compensazione, essendo il traente stesso debitore principale.

(3) Vedi in relazione il num. 805.

solo interesse del traente. Ebbene: il portatore rinunciando a tale offerta stimasi aver assentito a restringere l'esercizio delle sue azioni verso il solo traente, abbandonando quelle che possiede contro gli otto giranti.

Io non posso sottoscrivermi a questa teoria. Richiamo ciò che tanto bene aveva detto lo stesso PARDESSUS in qualche linea superiore. « Il pagamento per intervenzione è un modo « particolare, *statuito a favore delle lettere di « cambio* per trasportare, ecc. » (numero precedente). Un fine di utilità generale non si lascia leggermente nel dominio di qualche puntiglio, di qualche capriccio. Ma non è meno sostenibile nel rapporto privato, non esser lecito al creditore di rigettare da sè un beneficio che non è fatto per lui solo, ma per altri che si liberano dal debito o semplificano la loro posizione. Questo solo riflesso mostra la inconcludenza della distinzione di PARDESSUS, lasciando stare ch'essa sarebbe praticamente inutile: chi mai vorrebbe manifestare i motivi per cui si presta a pagare per un altro, e come si potrebbe costringere a manifestarli?

859. *Il portatore della lettera di cambio soddisfatto da un terzo interveniente deve la garanzia del suo fatto personale.*

Staremo contenti allo indicare qualche caso che dimostra la verità della proposizione. Uno dei più semplici è quello dell'eccezione estintiva del debito che al debitore competesse. Se il trattario che non volle pagare, citato dall'interveniente succeduto nelle azioni del portatore, prova che fra lui e quello che era già suo creditore si stipulò un contratto inducente novazione (1), è palese che colui che ha ricevuta la somma deve restituirla.

Altro caso sarebbe quello deciso dalla Corte di cassazione di Francia nel 15 marzo 1865 (*Journal du Palais*, p. I, pag. 647). Un terzo paga per intervento e per conto esclusivo del traente una cambiale rimasta insoluta e protestata. Ma indi si scopre che lo stesso possessore della lettera di cambio era tenuto a fare i fondi, e non li aveva fatti. Il diritto alla restituzione e al rimborso era evidente.

Chi paga per intervento è sempre nella buona credenza che la persona di cui esaurisce l'obbligazione, sia realmente concorsa col fatto suo a costituirla. Che se viene in luce la firma dell'onorato essere non vera ma supposta e falsata, si ha diritto di farsi rimborsare dal portatore la somma pagata, avendo il pagamento per causa essenziale la verità dell'obbligazione, e per unico oggetto liberare l'amico da un'obbligazione esistente (2).

Nondimeno ragione consiglia a moderare codeste conseguenze, e non farle passare in regola assoluta e indeclinabile. Generalmente si usa, che pagamenti di tal maniera, non si fanno che dietro avviso dell'amico che dubita del felice evento della tratta. Si è detto perciò essere una imprudenza pagare senz'avviso, quasi alla cieca, e si è voluto far cantare il *mea culpa* a chi, non avendone avuto stimolo, pagò un debito di mera apparenza di un tale che non vi era concorso colla sua firma, più o meno sottilmente falsificata (3).

Noi abbiamo esaminata la questione nell'aspetto del trattario, e posta la massima che in tal caso *l'accettante non può esercitare azione d'indebito contro il portatore di buona fede* (nº 780). Poi osservando la posizione dello stesso accettante verso il traente e altri creditori legittimi, si portò una distinzione fra la falsificazione totale della lettera e scambio del titolo, con qualche alterazione parziale e non facilmente riconoscibile. Io non credo che la situazione dell'accettante e quella dell'interveniente spontaneo siano conformi. Ne ho fatto cenno di già in una nota superiore. Mi associo quindi alla conclusione più ricevata, e che maggiormente prevale nella giurisprudenza moderna, eccettuati i casi nei quali l'imprudenza del pagatore si mostrasse da circostanze tali da renderla inescusabile.

---

(1) Per esempio sostituendo un nuovo debito all'antico. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, sull'articolo 159; DAGEVILLE, tom. I, pag. 441; BÉDARRIDE, num. 461. Avverte ALAUZET (num. 935) che questa opinione non dovrebbe adottarsi se non qualora il trattario avrebbe potuto non solo non pagare, ma eziandio ripetere. Secondo me, non si deve troppo generalizzare il paragone tra l'interveniente spontaneo e il trattario che potrebbe avere avuto una qualche ragione per pagare il debito che non aveva. L'interveniente non si presterà mai a pagare un debito che non esiste.

(2) MASSÉ, *Droit commercial*, tom. IV, num. 2090; BRAVARD (edizione Demangeat), *Traité de commerce*, pag. 407; BÉDARRIDE, num. 464.

Il pagamento *per errore* fatto dall'interveniente è pure rimborsabile, come insegnano NOUGUIER, numero 594; ALAUZET, num. 930; BRAVARD, pag 408; Cassazione francese, 3 gennaio 1842 (SIREY, V. XLII, part. I, pag 10). Difficilmente si prova l'errore, ed è questione di fatto e di circostanze.

(3) Autori che mantengono questa opinione: HORSON, quest. 102; PERSIL, sull'articolo 159. — Vedi DALLOZ, *Effets de commerce*, sect. VIII, num. 53. Il tribunale di commercio di Parigi, in una decisione del 14 marzo 1828, accennata dallo stesso PERSIL, riconobbe il diritto della ripetizione d'indebito contro il portatore benchè l'interveniente non avesse ricevuto lettera d'avviso.

Digitized by Google

SEZIONE XI.

Dei diritti e dei doveri del possessore.

Articolo 246.

Se la lettera di cambio a vista, a uno o più giorni, mesi o usi di vista è tratta da una sopra altra piazza del regno, il possessore deve esigerne il pagamento o l'accettazione entro tre mesi dalla sua data, sotto pena di perdere il diritto di regresso contro i giranti, ed anche contro il traente se questi fece provvista di fondi.

Il termine è di quattro mesi, se la lettera è tratta da altri stati d'Europa sul regno;

Di sei mesi, se è tratta dalle coste settentrionali dell'Africa, dagli scali del Levante o da un porto del mar Rosso;

Di otto mesi, se è tratta da una piazza dell'Africa o dell'America posta sui versanti dell'Oceano Atlantico;

Di un anno, se è tratta da una piazza dell'America posta sul versante dell'Oceano Pacifico, o da una piazza dell'Africa, o dall'Asia posta sui versanti dell'Oceano Indiano;

Di diciotto mesi, se è tratta da una piazza dell'Asia posta sul versante dell'Oceano Pacifico, o dall'Oceania.

Incorre nella stessa decadenza il possessore di una lettera di cambio a vista, a uno o più giorni, mesi o usi di vista, tratta dal regno e pagabile in paese estero, quando egli non ne esiga il pagamento o l'accettazione nei termini sopra stabiliti per ciascuna delle accennate distanze.

I termini suddetti sono raddoppiati in tempo di guerra marittima, se la lettera di cambio è tratta da una piazza o sopra una piazza, con la quale il traffico non si fa in tutto o in parte, che per via di mare.

Tuttavia le parti possono stabilire termini diversi da quelli stabiliti dal presente articolo.

860. *Genesi di questa disposizione; e come sia mantenuta nei limiti del diritto territoriale nazionale.*

---

860. L'articolo 160 del Codice di commercio francese, dal quale abbiamo presa la ispirazione, fu, com'è noto, il prodotto della Legge del 19 marzo 1817; legge ampliativa che regolò il tempo della realizzazione delle tratte che vanno dalla Francia all'estero, mentre per lo innanzi non era disposto che in ordine a quelle che da un punto del regno di Francia fossero rimesse ad altri possedimenti francesi in Europa o fuori, o rimesse dall'estero fossero pagabili in Francia o nei luoghi ove la Francia impera. La Commissione istituita a quel progetto di legge dubitava se la *reciprocità* (così chiamavasi allora) non fosse per ferire in qualche maniera « les principes mêmes « de commerce, et qu'on aurait de la peine à « y soumettre les négociants étrangers » (1). Questa specie di obbiezione era superata da

(1) Rapporto di M. SEZE alla Camera dei Pari.

quelle che il relatore chiamava *réflexions plus profondes*. Eccone parole che rivelano lo spirito della disposizione « On a senti que dans « l'esprit même du commerce, dans la pro- « tection qu'il mérite, dans la faveur que la « loi lui accorde; et qu'elle est obligée même « de lui accorder pour affermir ses relations « ou pour les étendre, il était absolument né- « cessaire de venir au secours du tireur et des « endosseurs français, qui relativement aux « lettres à vue étaient exposés à de si vives « sollicitudes, et de faire pour eux ce qui « était déjà fait pour les tireurs et les endos- « seurs étrangers, c'est-à-dire les garantir de « chances si funestes qu'ils pourraient courir ».

Più avanti, sciogliendo il dubbio che poteva sembrare di diritto internazionale, la Relazione dimostrava, che il caso restava sempre in dominio della legislazione del paese. Se la lettera è tratta dalla Francia all'estero, dicevasi, e pagabile all'estero, il traente si trova dunque in Francia, ed ivi pure potrebbero trovarsi i giranti. Così l'azione di ricorso esercitandosi in Francia, la legge nazionale può bene regolarne le modalità e gli effetti.

Noi che viviamo nello stesso diritto abbiamo comuni i principii. Ricercandoli con qualche cura, e fermandoci prima a questa categoria di lettere di cambio tratte da un paese italiano all'estero, noi crediamo di potere imporre la nostra legge allo straniero in quanto egli è per promuovere delle azioni contro un cittadino italiano, avanti magistrati italiani; e da questo lato la giurisdizione ha base nella *persona*. Nell'interesse dei cittadini italiani, la nostra legge ha definiti codesti termini acciocchè le responsabilità dei traenti abbiano un confine, e tenendo conto delle agevolate e più pronte comunicazioni, i termini stessi sonosi venuti attenuando nella durata. Non è difficile che il possessore della lettera di cambio essendo uno straniero, dovendo in paese straniero riscuoterla, le leggi del luogo gli offrano maggiori comodità, e potrà bene valersene purchè rinunci all'idea di rovesciarsi sul traente italiano nella evenienza di non essere pagato dal trattario. Che se trascorsero quattro mesi dalla data della lettera pagabile in Inghilterra, il traente italiano rimane liberato, e sfida il protesto che dopo quel tempo si elevasse dal possessore per difetto di pagamento. Se nel frattempo il traente si stabilisse altrove e perdesse la cittadinanza italiana, è manifesto che la nostra legge rimarrebbe priva di effetto. Con ciò si conferma, che la giurisdizione che lo Stato esercita ha la sua *base territoriale*, e per oggetto, la protezione del cittadino italiano. I giranti e i giratari sopraggiunti essendo stranieri e viventi fuori dello Stato italiano, non potrebbero essere raggiunti dai nostri colpi; se non che una volta che il traente italiano, in virtù delle proprie leggi, fosse prosciolto dalla obbligazione, i giranti, comunque esteri, avrebbero interesse d'invocare la nostra legge onde opporre alle azioni di ricorso contro di essi esercitate, l'eccezione del pregiudizio che soffrono per la negligenza del portatore.

Più spiccato ancora e più evidente è l'elemento territoriale nell'altro caso di tratte derivanti dall'estero e pagabili in Italia (1) (V. per gli altri effetti di questo articolo i numeri seguenti).

Articolo 247.

Il possessore della lettera di cambio deve esigerne il pagamento nel giorno della scadenza.

Articolo 248.

Il rifiuto del pagamento deve essere accertato nel giorno che segue quello della scadenza, con un atto che si chiama protesto per mancanza di pagamento.

Se tale giorno è festivo, il protesto è fatto nel giorno seguente.

Articolo 249.

Il protesto per mancanza di accettazione, per la morte o il fallimento di colui sul quale è tratta la lettera di cambio, non dispensa il possessore dal fare il protesto per mancanza di pagamento.

(1) *Locus executionis:* uno dei caratteri della giurisdizione dei magistrati locali sullo straniero, considerato anche dall'articolo 105, num. 2, del Codice di procedura civile.

Digitized by Google

Nel caso di fallimento dell'accettante prima della scadenza, il possessore della lettera di cambio può farla protestare ed esercitare l'azione di garantia.

861. *Il giorno della scadenza.*
862. *È assolutamente indispensabile di presentarsi al trattario nel giorno della scadenza?*
863. *Il protesto non occorre nel caso che il creditore abbia già ottenuta la condanna dei coobbligati in seguito della mancata accettazione.*
Con quali riserve e condizioni sia da applicarsi questo principio.
864. *Del fallimento del trattario semplice e del trattario accettante. Obbligo di fare il protesto in ogni caso. Come si spieghi la dizione — avanti la scadenza.*
La cessazione dei pagamenti è il fallimento, anche per gli effetti dell'art. 249.
865. *Termine a fare il protesto nel caso eccezionale del suddetto articolo. — Il protesto deve eseguirsi colle formalità ordinarie.*
866. *Il protesto che sussegue al fallimento dispensa forse da un secondo protesto alla scadenza?*
867. *Impedimento per caso di forza maggiore.*

---

861. *Il giorno della scadenza.*

Esaminando gli articoli 216, 217, 218, si sono accennate le differenze fra le cambiali che tolgono il loro punto di partenza *dalla data*, e quelle che sono pagabili *a vista*, ma *con uno o più giorni, uno o più mesi, uno o più usi di vista*, e possiamo fare un largo rinvio a quelle illustrazioni. Le cambiali che hanno una scadenza fissa, non abbisognano di verun altro fatto dell'uomo per determinarne il giorno, misurato letteralmente dalla loro data. La data è la convenzione; la legge non doveva occuparsene. L'articolo 246 prefiggendo dei termini che non devono oltrepassarsi, non ha in mira che le cambiali *a vista*; prescrive cioè il tempo entro il quale il fatto dell'uomo può mettere in moto e tradurre in atto il diritto. La conseguenza del soverchio indugio non consiste nel perdere i diritti verso il trattario designato, che in verità ne risente tutto il vantaggio. In questo caso la *data* della lettera di cambio è presa come postulato per regolare l'esercizio del diritto di presentazione, anzichè per determinare il giorno della scadenza. Difatti il giorno della scadenza ha il suo rapporto nell'altro termine convenzionale che nelle cambiali, che non siano *a pura vista*, è assegnato all'accettante, che può essere *di uno o più giorni*, *di uno o più mesi*, ecc. Così nel primo capoverso dell'articolo 246 è messo in alternativa *il pagamento o l'accettazione*, secondochè la lettera di cambio è a semplice vista, o dopo vista, con certo termine di comodo al trattario risultante dalla stessa lettera di cambio. Non si confondano i termini che hanno diversa ragione di essere: il termine *legale* col *convenzionale*. Una cambiale a vista, con termine, deve presentarsi per l'accettazione *entro tre mesi*, se è pagabile in una piazza del regno. Se il termine del pagamento è di tre mesi, ne segue che la cambiale tratta nel giorno 1° gennaio deve presentarsi per l'accettazione entro marzo (1), e d'allora in poi cominciano a scorrere gli altri tre mesi assegnati all'effetto di pagarla.

Si domanderà in qual giorno dovrà farsi il protesto. Distingui. *O si rifiuta l'accettazione*, il protesto avrà luogo il giorno appresso *per mancanza di accettazione*, giusta l'art. 206. O si accetta, è chiara la disposizione dell'articolo 248.

Nelle tratte *a semplice vista* la scadenza del pagamento è nell'arbitrio del presentatore; egli può farla nascere nel giorno seguente alla data, o nell'ultimo giorno *dei tre mesi* (2); ma ha l'obbligo imprescindibile di elevare il protesto nel giorno successivo, in qualunque momento del termine legale si faccia la presentazione (3).

862. Due autori di gran polso (4) sono d'avviso che non sia punto nell'obbligo del creditore di presentarsi per ricevere il pagamento *nel giorno stesso della scadenza*. Il giorno della scadenza appartiene *tutto intiero* al debitore; e poichè in quel giorno il creditore non può levare il protesto; ne segue che la presenta-

(1) Intendiamo i mesi naturali.

(2) Nella indicata ipotesi di cambiali tratte e pagabili nel regno; e così di *quattro, sei od otto mesi*, ecc. negli altri casi dell'articolo 246.

(3) Quindi non ebbe alcun fondamento la opinione di Horson (quest. 107) che ritenne potere il presentatore differire il protesto allo spirare del termine legale.

(4) Horson, quest. 108, e Vincens, *Législation commerciale*, livr. VIII, cap. VI, num. 6.

Digitized by Google

zione in quel giorno non sia di rigore. La legge non vi attacca veruna pena. E così uno può presentarsi il dì appresso; chiedere il pagamento, e, sul rifiuto, levare il protesto.

Persil fa molte parole (1), ma non risponde all'argomento. Egli osserva che il testo è preciso (articolo 247); proteggendo l'interesse del debitore, la legge impone al creditore un dovere assoluto.

Il debitore dev'esser in tempo avvisato; egli non ha i fondi oggi, potrà averli domani e prevenire il protesto. Tutto vero; ma noi uomini del fatto pratico vogliamo toccare le conseguenze. È certo nel voto della legge che il creditore si presenti nel giorno della scadenza; lo scopo è forse quello presagito dal valente scrittore; ed è una cattiva ragione, o almeno fuori di proposito, che il giorno della scadenza appartiene intero al debitore. Ma cosa accade se Pietro recandosi a Milano per riscuotere una cambiale che scade il 20 giugno, ed arrivando la sera, non si presenta e non può convenientemente presentarsi al debitore che nelle prime ore della mattina seguente? Che gli verrà di male se rispondendo il trattario di non aver fondi, il creditore nello stesso giorno leva il protesto e adempie a tutte le altre formalità prescritte? Nulla crediamo noi: i rilevatari non avranno eccezioni da opporre (2).

863. *Il protesto per mancanza di accettazione... non dispensa dal fare il protesto per mancanza di pagamento* (articolo 249). La ragione è principalmente questa: che due sono i fatti, benchè del genere negativo, e due fatti diversi. Non accettando, il trattario ha data prova della sua disposizione d'animo in quel momento, o perchè non avesse fondi, o per altri motivi che non è obbligato a dire. Viene il giorno del pagamento, egli ha cangiato posizione o ha cangiato parere, ciò poco importa; e paga. Vi è sempre la presunzione che avrebbe pagato se il creditore si fosse presentato: indi la necessità del protesto. Questa è la regola, ma la pratica talvolta introduce certe limitazioni, che, a ben guardarle, sono comprese nello spirito stesso della legge.

Tizio aveva protestata una lettera di cambio per mancanza di accettazione. In seguito fece condannare il traente e i giranti a prestargli garanzie o a soddisfare la tratta (articolo 207). E questi non diedero cauzione, e restarono sotto il peso della condanna del pagamento. In tale stato erano le cose, quando arrivò il giorno della scadenza. Tizio o non si presentò o non fece il protesto o non lo notificò nei quindici giorni, che è tutt'uno. La questione si sollevò in confronto di quei debitori che speravano di fuggire pel rotto della cuffia, approfittando della irregolarità che rimproveravano al creditore in quest'ultima fase. Ma non ne fu nulla. Imperocchè sebbene riuscissero in un primo giudizio, perdettero in appello e in cassazione.

La Corte suprema di Francia viene dettando alcune norme, utili a ricordare, non essendo questa parte del diritto cambiario delle più note. Il portatore della lettera di cambio, fatto il protesto per mancanza di accettazione, potersi limitare a questo atto, o alla domanda di una cauzione, e potere anche, non gli si prestando cauzione, ottenere la condanna del pagamento. Se non ha oltrepassato l'atto di protesto, o si è arrestato alla cauzione, doverà aspettare il dì della scadenza prima di fare altri atti (3), potendo avvenire che i fondi si provveggano in tempo avanti la scadenza, che è l'oggetto della cauzione. E proseguendo colle parole della decisione: « Il en est autrement « lorsque le protêt faute d'acceptation est « suivi d'une condamnation contre le tireur « *laquelle est passée en force de chose jugée* (4); « que cette condamnation, quand'elle est de« venue aussi définitive, doit recevoir son exé« cution, que dès lors elle rende évidemment « inutiles toutes poursuites ulterieurs qui ne « pourraient avoir d'objet » (5).

In effetto se tutti i coobbligati e traente e giranti furono involti nella condanna (6), sarebbe incongruo e, come si disse, senza scopo replicare la condanna. La difficoltà, io credo, potrà sorgere da un altro lato. Dopo la condanna dei coobbligati non è forse sciolta la

---

(1) Illustrando l'articolo 162 del Codice francese.

(2) Bédarride (num. 474) conviene quanto alle conseguenze, le sole valutabili nel caso per fondare qualche cosa che abbia un risultamento giuridico.

(3) *Altri atti* s'intende dopo che la cauzione si è prestata; cioè non può chiedere il pagamento se non lo avesse chiesto suppletivamente alla non prestata cauzione. Che se anche l'avesse chiesto, ma la cauzione fosse stata prestata, la condanna al pagamento sarebbe risoluta; e dovrebbe ancora attendersi il giorno della scadenza.

(4) È questo un estremo necessario.

(5) Sentenza del 27 giugno 1842. Altra consimile della Corte d'Aix del 13 luglio 1854 (Bédarride, num. 482).

(6) Dico tutti i coobbligati, perchè se non fosse stato condannato, suppongasi, che il girante immediato o il traente, converrebbe praticare il protesto per conservare il diritto verso gli altri.

Digitized by Google

operazione cambiaria? Non dovrà il creditore restituire il titolo, onde non abbia ad un tempo due azioni per un titolo solo, e infine non venga a riscuotere due volte lo stesso credito?

È una difficoltà più di apparenza che di sostanza. La condanna al pagamento ha avuto luogo prima della scadenza naturale della lettera di cambio, in conseguenza di una mancata garanzia consistente nell'accettazione. Quella garanzia acquistò un'altra forma, e si tramutò in una sentenza di condanna. Specie veramente singolare di garanzia, si dirà che non si trova in veruna pagina del Codice! Eppure è così. Il diritto cambiario ha delle combinazioni affatto sue proprie, come tante volte si è osservato. Senonchè bisogna vedere qualuso ne faccia il creditore, e bisogna approfondire di più l'argomento.

Una sentenza di condanna nelle circostanze che veniamo segnalando, è una garanzia finchè il creditore aspetti a valersene dopo la scadenza e pel caso che il trattario non soddisfaccia al debito. Il protesto sarebbe inutile, se non dannoso, all'interesse del creditore che potrebbe ritenersi aver voluto per così dire ricominciar da capo la tela del processo. Che se al contrario il creditore ha fatto eseguire la sentenza di condanna, allora sarei davvero nella opinione che avrebbe a reputarsi sciolto il vincolo del contratto, non potersi più oltre negoziare la lettera, e doversi restituire il titolo. Eccetto il caso che la sentenza non dichiarasse che, eseguendosi la condanna, la somma deve depositarsi a garanzia del credito. Allora la esecuzione dovrebbe ritenersi non avere altro scopo.

864. *Sull'articolo* 249.

La prima parte della disposizione scioglie il dubbio che fece nascere in altri tempi il diritto di opporre la eccezione del termine *ad deliberandum* competente agli eredi del defunto trattario e debitore. Si riteneva non abbastanza esplicita la Ordinanza del 1673 (articolo 4); POTHIER però aveva insegnata questa dottrina nel modo più formale (1).

L'obbligo del protesto appresso il fallimento del trattario, è partito preso nell'articolo 163 del Codice di commercio francese. I maestri del diritto commerciale lo avevano preceduto interpretando la Ordinanza suddetta (2), non potendo bastare la supposta notorietà del fallimento (3).

La legge fa una distinzione ben chiara *tra il fallimento di colui sul quale è tratta la lettera di cambio*, e quello *dell'accettante prima della scadenza*. Il protesto nel primo caso è *obbligatorio; facoltativo* nel secondo. Nel primo periodo si comprende tanto il trattario *accettante che il non accettante;* ma non si appella che al tempo posteriore alla scadenza e dentro quel raggio entro il quale deve elevarsi il protesto per mancato pagamento. L'altro periodo che accenna a fatti *anteriori alla scadenza* è un diritto speciale che non si esercita che verificandosi la caduta del trattario accettante (4).

Il fallimento dell'accettante facendo sparire il principale obbligato, e riducendo il credito ad una condizione assai deteriore, ad una situazione inormale, attribuisce l'azione di ricorso immediatamente esercibile *per l'effetto della garanzia* (5). Questo concetto circola in più luoghi del Codice; si mostra nell'art. 207 tostochè le guarentigie del credito s'indeboliscono per difetto di accettazione; e ricomparisce nell'articolo 553 nella provincia sua propria, in quella ove si tratta del fallimento. Il traente e i giranti, se non preferiscono di pagare, sono tenuti e dare valida cauzione.

Rispetto al possessore della lettera di cambio, è un diritto, una facoltà; non però *la facoltà del modo.* Deve premettere il protesto. La dizione — *può fare protestare* — è facoltativa rispetto all'esercizio, ma obbligativa quanto al modo, mentre la formazione del pro_

(1) *Contrat de change*, num. 146.

(2) SAVARY, Parère 45; POTHIER, *Contr. de change*, num. 147.

(3) Si troveranno negli scrittori francesi meno recenti, come VINCENS, LAVAUX (*Observations sur les faillites*), BOULY-PATY, PERSIL, ed altri, discussioni sull'articolo 165 del Codice di commercio francese (il nostro 249) messo in relazione coll'articolo 448 di quel Codice, sul dubbio se il fallimento di *un giratario* portasse alla stessa conseguenza dichiarata dall'articolo 165. Tali discussioni divennero oziose dopo la riforma della legge francese sui fallimenti; e dopochè il vecchio e poco esatto articolo 448 venne sostituito dall'art. 444, al quale corrisponde il nostro articolo 532.

(4) Vedi più avanti.

(5) Il che è stato opportunamente dichiarato nel nuovo Codice italiano. L'articolo 163 del francese ha questa espressione: *exercer son recours;* tradotto nel 178 del cessato Codice di commercio Albertino: *esercitare il suo regresso.* Indi il dubbio se il ricorso riguardasse il pagamento anzichè la garanzia. La giurisprudenza era venuta in soccorso, e le sue decisioni furono conformi ai veri principii del diritto cambiario (Vedi là magistrale del 16 marzo 1810, SIREY, vol. X, part. I, pag. 282). Anche il Consiglio di Stato aveva dato una consultazione nel senso di una semplice azione in garanzia.

Digitized by Google

testo rappresenta la condizione dello stesso esercizio (1).

Perchè l'art. 249 nel secondo periodo parla del fallimento dell'accettante *avanti la scadenza:* e nel primo, accennando al fallimento del traente o del trattario, nulla dice nè del prima nè del dopo? Vero è ad ogni modo che il costoro fallimento sarà anteriore alla scadenza; altrimenti sarebbe senza senso l'ordinare il protesto per mancanza di pagamento: protesto che si opera a capello sul culmine della scadenza. Ma per dare ragione di se stesse e di ogni loro significato, le formole, brevi ed aride anzichenò onde s'intarsiano i nostri Codici, dovrebbero permettersi dei proemi alla giustinianea. A noi dunque il cavare quel succo di ragione che hanno dentro. Si dice pertanto fallimento dell'accettante *prima della scadenza* per significare un fatto e un diritto. Un *fatto*, cioè che l'avvenimento sia ad una certa distanza dalla scadenza; tale, s'intende, che possa utilmente effettuarsi il giudizio della cauzione (2). Un *diritto* in quanto è un rapporto speciale a quel trattario che si è anche reso accettante.

Difatti il trattario semplice, il debitore designato, che non è ancora tenuto colla fiera virtù dello stesso titolo cambiario, può fallire a suo agio; solamente non essendo più in grado di accettare, si potrà elevare un protesto per mancanza, o meglio, per impossibilità di accettazione, e avrà le conseguenze che gli son proprie; ma questo ora non ci riguarda. Il movimento cauzionale pel fallimento del trattario non si effettua adunque se non quando egli colla sua accettazione siasi formalmente obbligato a pagare la tratta; ed ecco le ragioni delle differenti espressioni che s'incontrano nell'articolo 249.

Se il fallimento non è stato dichiarato per sentenza, ma la cessazione dei pagamenti sia notoria, è ritenuta la parità del caso, l'applicazione cioè in tutta la sua estensione dell'articolo 249, essendo già avverato il fallimento (articolo 543) (3).

865. Da ultimo, chiarito in quali condizioni di cose si possa esercitare per causa di fallimento intermedio azioni di ricorso, resta sapere se vi sia giorno prefisso alla formazione del protesto.

Noi supponiamo un tempo anteriore alla scadenza; non ha dunque applicazione l'articolo 248. Nessuna altra legge ci fa sapere che il protesto debba farsi *il giorno dopo il fallimento*, che nella sua generale significazione è piuttosto uno stato abituale che un momento determinato; e non si potrebbe neppure determinare laddove non vi sia stata giudiziale dichiarazione. Basta pertanto che prima di procedere in garanzia si elevi il protesto; e sarà necessariamente in un giorno qualunque anteriore alla scadenza. L'atto di protesto forma la prova autentica, l'unica ammissibile, della scomparsa del debitore e della nuova condizione in cui è caduto; vero è che, occorrendo, la testimonianza del pubblico ufficiale potrà essere sostenuta da altre prove.

Non vi è dunque in questa combinazione eccezionale giorno prefisso al protesto. L'atto di protesto indica il momento dell'azione del creditore, che è facoltativo e libero in lui. Il protesto è pure il termine di partenza per farne la notificazione (articoli 252 e 253). Ma è forse necessaria anche la notificazione nello spazio perentorio misurato dai suddetti articoli? Io non ho motivo per dubitarne. In tutti i casi nei quali la legge del cambio prescrive il protesto, esso deve eseguirsi con tutte le formalità che gli sono inerenti.

866. Il protesto che sussegue al fallimento dispensa forse da un secondo protesto alla scadenza?

« Il nous semble (scrisse DAGEVILLE, tom. I, « pag. 463) qui rien ne peut soustraire le porteur à l'obligation prescrite par l'article 162 « (248) de faire protester l'effet qui n'est pas « payé le lendemain du jour de l'échéance. Si « le present article autorise un protêt avant « l'échéance, dès qu'il y a faillite, *ce protêt à « un but et une utilité particulière* dont on peut « user, mais nous ne voyons rien qui dispense « du protêt le lendemain du jour de l'échéance, « et, à tout évenement, il est prudent de ne « pas le négliger ». Io mi permetterò di dare lo stesso consiglio. La vicenda delle cose umane è tale, che il caduto potrebb'esser risorto a qualche fortuna nel tempo in cui si verifica la scadenza della lettera di cambio; o qualcuno potrebbe offrirsi a pagare per lui: si adempia dunque anche in questa circostanza il precetto dell'articolo 248 (4).

867. *Impedimento per forza maggiore.*

---

(1) *Modo* quanto alla forma; *condizione*, perchè sia lecito esercitare il diritto.

(2) Se il fallimento non accadesse che due o tre giorni prima della scadenza, bastando appena il tempo per fare il protesto e notificarlo, non si farebbe luogo che all'immediato rimborso della tratta.

(3) ALAUZET, all'articolo 163, n. 935; NOUGUIER, num. 660; DALLOZ, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, num. 666; BÉDARRIDE, num. 485.

(4) Per noi torna inutile il discorrere *delle ferie*

Un fatto irresistibile e di forza maggiore non potrà mai scusare il ritardo del protesto? (1).

La obbiezione doveva presentarsi dal momento in cui si voleva inaugurare una legge di tanto rigore. Locré, esponendo l'art. 164, ci assicura, sulla fede dei processi verbali, che le varie opinioni possibili erano in presenza e furono dibattute. Legalizzare la eccezione enunciandola nel testo; escluderla espressamente; lasciare ai giudici la facoltà di ammetterla secondo le circostanze. Quale dei sistemi prevalse? È ancora la questione. Nel silenzio nel quale si racchiuse l'articolo 162 del Codice di commercio francese, imitato di poi dai Codici italiani di quel tipo, prevalse il sistema affermativo o negativo, secondo il modo d'interpretare quell'articolo.

Pardessus si esprime così: « Il peut arriver « qu'une force majeure empêche de protester « une lettre de change le lendemain de l'é« chéance. *Il n'est pas juste* que le porteur « soit déchu de ses actions en garantie, et « comme on l'a vu au num. 240, les tribunaux « doivent avoir égard aux circonstances pour « juger de mérite de l'exception » (2).

Questa opinione comune nei tempi anteriori al Codice (3), dopo l'organizzazione, che parve inspirata a principii di rigore, ebbe degli avversari. Senza contrastarsi la equità della massima, ma tenendo conto di certe circostanze per le quali l'applicazione della massima, comunque giusta in se stessa, pareva condurre alla ingiustizia, si osservò che il caso fortuito dovrebbe ricadere, in qualche caso irreparabile, a danno del portatore. Ponete che il traente abbia compiuto il proprio debito facendo in tempo la provvista dei fondi. Ponete ancora che l'accettante fosse solvibile nel giorno della scadenza; e mentre il creditore è tenuto lontano, suo malgrado, l'accettante cessi dai pagamenti; non troverete voi conforme a giustizia che il danno cada piuttosto sul possessore della lettera di cambio che sul traente? I fondi esistevano; il possessore della lettera di cambio doveva considerarsene il proprietario: *res perit domino*. È manifesto che nel caso contrario, mancando cioè la provvista, il creditore dev'essere indennizzato dal traente nonostante il ritardo, ad esso creditore non imputabile.

Qui si è fabbricata un'ipotesi straordinaria per limitare il principio (e può servire a confermarlo); ma si parte da una proposizione che non è vera. Il possessore della lettera di cambio non ha *la proprietà* della provvista, come fu dimostrato ampiamente nei commenti all'articolo 204. Del resto non avrebbe potuto venirsi a quella singolare conclusione se non ammettendo innanzi tutto la influenza del caso di forza maggiore (4).

Nouguier che ripete, senz'approvarla, la obbiezione che già si trova in altri libri, rammemora la discussione ch'ebbe luogo avanti il Consiglio di Stato conservatoci dal nostro benemerito Locré. Si apprende che la eccezione della forza maggiore non si volle enunciata nell'articolo « afin de ne pas ouvrir la « porte aux abus en liant la conscience des « tribunaux par une regle trop précise ».

Checchessia del motivo (5), è certo che la giurisprudenza si pronunciò colla maggiore concordia intorno al principio. Restarono aperte tutte le questioni del fatto, e abbandonate, come si doveva, all'apprezzamento dei tribunali. Di quando in quando il Consiglio di Stato diede il suo avviso, confermando ogni volta il principio, ripetendo che l'affare era di competenza del magistrato giudiziario, e pronunciando una opinione sull'avvenimento che per lo più era un fatto pubblico, un disastro generale. Così nel 15 gennaio 1814 il Consiglio di Stato opinò che i fatti della guerra che in quell'epoca sfortunata subissava la Francia, costituivano il caso di forza maggiore; così si ritenne dopo la rivoluzione del 1830 che aveva sospeso il commercio di tutta Parigi, e nel 1840 in causa delle grandi inondazioni del Reno (6).

---

legali, di cui tanto si occupano gli scrittori francesi. Si era già adottata nell'articolo 176 del Codice di commercio piemontese la formola *giorno festivo*, che è stata conservata e riprodotta nel nostro art. 248.

(1) Discussione sull'articolo 248.

(2) E cita Dalloz, tom. xii, pag. 352 e 354, e due decisioni di Cassazione francese del 23 marzo 1810 e del 23 gennaio 1821.

(3) Fondata sul principio — *impossibilium nulla obligatio est* — era già quello del Pothier e dei romanisti, e non aveva contraddittori.

(4) Altri diceva che la disciplina del protesto era indebolita, e troppo spesso si vedrebbero false testimonianze di eventi di forza maggiore. Anche qui albergava l'esagerazione.

(5) Io non credo che si sarebbe legata la coscienza dei giudici coll'aggiungere al rigoroso precetto, *salvo il caso di forza maggiore*. E si sarebbe disputato meno.

(6) Decisioni che ammettono casi di forza maggiore, oltre le due sopra indicate in nota, altra della Cassazione francese del 25 febbraio 1831 (Sirey, part. i, pag. 122); della Corte di Parigi del 30 agosto 1809 (Dalloz, tom. xii, pag. 355, 356), e

Digitized by Google

Il creditore dunque che giustifica il caso di forza maggiore, che è la impossibilità fisica, assoluta, si sottrae alla regola degli art. 247 e 248, coll'obbligo di adempire al dovere appena sarà sciolto dall'impedimento. È stata sempre riguardata questione di fatto e fuori della competenza della Corte suprema.

È stato deciso con ragione, che quando si sono spedite le carte in tempo talmente prossimo alla scadenza, che fu d'uopo inviare un corriere straordinario, e questi fu arrestato da forza maggiore, il creditore non può esserne scusato (1).

Articolo 250.

Il possessore di una lettera di cambio protestata per mancanza di pagamento può esercitare l'azione di garantia, o individualmente contro il traente e ciascuno dei giranti, o collettivamente contro i giranti e il traente.

La stessa facoltà spetta pure a ciascuno dei giranti contro i giranti anteriori ed il traente.

Articolo 251.

Se il possessore della lettera di cambio esercita l'azione individualmente contro il suo cedente, gli deve far notificare il protesto, e in mancanza di rimborso farlo citare in giudizio nei quindici giorni dalla data del protesto.

Quando il luogo in cui risiede il cedente e quello in cui la lettera di cambio era pagabile facciano parte di giurisdizioni diverse di corti d'appello, il termine per far la citazione è quello stabilito nei numeri 4° e 5° dell'articolo 148 del codice di procedura civile.

Per le lettere di cambio tratte da un luogo di terraferma e pagabili nelle isole del regno, o tratte dalle isole e pagabili in terraferma, i termini sono raddoppiati in tempo di guerra marittima.

Articolo 252.

Se è protestata una lettera di cambio tratta da una piazza del regno e pagabile in paese estero, il possessore deve agire contro il traente ed i giranti residenti nel regno, nel termine

Di novanta giorni, se la lettera è pagabile in uno Stato dell'Europa;

Di cento ottanta giorni, se è pagabile in una piazza delle coste settentrionali dell'Africa, degli scali del Levante o del Mar Rosso;

Di duecento quaranta giorni, se è pagabile in una piazza dell'Africa o dell'America sui versanti dell'Oceano Atlantico;

Di un anno se è pagabile in una piazza dell'America sul versante dell'Oceano Pacifico, od in una piazza dell'Africa o dell'Asia sui versanti dell'Oceano indiano;

Di diciotto mesi, se è pagabile in una piazza dell'Asia sul versante dell'Oceano Pacifico, od in una piazza dell'Oceania.

I termini sopra indicati sono raddoppiati in tempo di guerra marittima, se la lettera di cambio è pagabile in una piazza con la quale il traffico non si fa in tutto od in parte che per via di mare.

---

del 12 maggio 1812 (ivi); della Corte di Bruxelles del 2 febbraio 1828 e 20 giugno 1831 (*Giurisprudenza della Corte*, part. I, pag. 22).

(1) Corte di Nimes, 31 agosto 1809 (Sirey, vol. x, part. II, pag. 225), e 11 gennaio 1810 (Sirey, p. II, pag. 224).

Digitized by Google

Articolo 253.

Se il possessore della lettera di cambio esercita il regresso collettivamente contro i giranti e il traente, ha riguardo a ciascuno di essi il termine stabilito dagli articoli precedenti.

Ciascuno dei giranti ha il diritto di esercitare lo stesso regresso individualmente o collettivamente entro lo stesso termine.

Quanto ai giranti, il termine decorre dal giorno successivo a quello della citazione in giudizio.

868. *Studio dei termini nel duplice aspetto di lettere di cambio pagabili nell'interno del regno, o tratte nel regno, e pagabili all'estero.*

869. *La citazione formata in termine ma avanti giudice incompetente, produce forse la decadenza per violazione dell'articolo* 251? *Quid se la citazione sia nulla per vizio di notificazione?*

870. *Esercizio delle azioni di regresso dei cedenti. — Qualità del giudizio e competenza. — Del rimborso della lettera di cambio eseguito da taluno dei cedenti; e della rivalsa verso i garanti rispettivi, specialmente nell'aspetto dei termini.*

868. La legge (articolo 251) non ingiunge termine alla notificazione del protesto; ma certamente la notificazione deve precedere l'atto di citazione che pure deve farsi, nei casi ordinari, entro quindici giorni dalla data del protesto. È nello spirito della legge che fra il protesto e la citazione decorra un certo intervallo; poichè IN MANCANZA DI RIMBORSO *deve farlo citare*, ecc. Il girante, così avvertito del fallo della cambiale, può evitare il giudizio con sollecito rimborso. Nondimeno non essendo alla inosservanza della divisione degli atti statuita veruna sanzione, la contemporanea notifica non può esser motivo di nullità. Ma la notificazione del protesto è di necessità assoluta. È questo il titolo che autorizza l'intimato ad esercitare il regresso che gli compete (1).

L'articolo 251 contempla il caso dell'esercizio individuale dell'azione del creditore protestante verso il proprio cedente. Le notifiche e la citazione devono farsi, come si è detto, nei quindici giorni *dalla data del protesto* (2). Ma l'articolo nella sua prima parte suppone che il luogo del protesto e quello della residenza del convenuto siano in quel limite di territorio che è indicato nell'articolo 148 nei primi tre numeri. Che se la residenza o il domicilio del convenuto si trovi alla distanza che viene contrassegnata dalle varie circoscrizioni di Corti d'appello, il termine obbligatorio *a fare la citazione* (3) è quello che prescrive l'articolo 148, n[i] 4 e 5, cioè di venti o venticinque giorni.

In tal guisa i suddetti due articoli 251 e 253 proveggono ad amendue i casi del ricorso individuale e collettivo, dichiarato in principio dall'articolo 250: libero al cessionario tanto nel complesso quanto nelle singolarità, alla norma dell'articolo 1189 del Codice civile.

Quid se il cedente contro cui si agisce non abbia residenza nel regno e sia da considerarsi come straniero, secondo l'articolo 142 del Codice di procedura civile? La legge, per quanto risulta dal nostro articolo 251, sembra supporre che il convenuto abbia residenza o domicilio nel regno; nondimeno non distinguendo espressamente, noi non possiamo distinguere, e riteniamo che anche rapporto all'estero da citarsi insieme al nazionale (4), abbia a prefiggersi un termine identico, e in quello *farsi la citazione*. Si deve credere che i redattori del Codice (dalla cui mente il caso non poteva sfuggire) si saranno persuasi che niun in-

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Endossement*, num. 7.

(2) L'oggetto della citazione è la condanna al pagamento della somma dovuta, interessi, ecc.

(3) Da non confondersi *col termine della citazione* che è veramente l'oggetto dell'articolo 148 del Codice di procedura civile.

(4) Il residente fuori del regno, o straniero, può essere fra i giranti obbligati nella lettera di cambio ed essere citabile, giusta il disposto dell'articolo 103 del suddetto Codice.

Digitized by Google

conveniente era per nascerne, poichè l'art. 142 del Codice di procedura civile stabilisce il modo semplice di tali notificazioni. Copia dell'atto di citazione è consegnata al Ministero pubblico (1) che la trasmette al Ministro degli affari esteri.

L'articolo 252 considera una diversa categoria di lettere di cambio, quelle *che tratte da una piazza del regno sono pagabili in paese estero.*

La giurisdizione dello Stato ha radice nelle persone dei convenuti che si suppongono *residenti nel regno.* Il signor Desèze disse molto bene nella sua relazione sul progetto della Legge francese del 1817. « En matière de re« cours, c'est toujours à la législation du pays « dans lequel il doit s'exercer, qu'on doit en « rapporter ».

Si vengono poi nello stesso articolo 252 schierando i termini *entro i quali il possessore deve agire* (cioè notificare protesto e citazione), partendo sempre dal punto *della data del protesto.* È difficile comprendere la ragione di sì lunghi indugi permessi al creditore cambiario dall'articolo 252, e come possa conciliarsi questo sistema di termini colla celerità della quale giustamente si è preoccupato il legislatore. Dugent'ottanta giorni, che si raddoppiano in caso di guerra marittima, per quelle cambiali che sono pagabili in una piazza africana sul versante dell'Oceano atlantico, come per es. a Marocco e alle isole Canarie, la cui distanza dall'Italia è così breve! Si computa sino a tre anni il termine per cambiali pagabili a Canton, Iedo, e nelle isole Filippine, se ci fosse guerra marittima, benchè non si dica se continua e guerreggiata in quei mari (2). Certamente il modo, la forma, il tempo del protesto sono nel dominio delle leggi del luogo — *locus regit actum.* Che se in quei paesi non si conoscesse simile procedimento, converrebbe pure adattarsi, e stabilire in altra maniera il rifiuto e la mancanza del pagamento. Forse per tale riflesso non si è potuto indicare la data di partenza dei termini prescritti nell'articolo 252.

La citazione *colla quale si comincia ad agire* avrà pure i suoi termini regolati dalla nostra procedura civile. È questo un caso nel quale non sarà proponibile che l'*azione personale*, non verificandosi alcuna delle altre cause per le quali, secondo l'articolo 91 del Codice di commercio, si ha la scelta dell'autorità giudiziaria. Dovrà citarsi avanti il Tribunale di commercio del luogo ove ha residenza o domicilio il convenuto, e il termine della citazione sarà quello del n° 1 o 2 dell'articolo 148.

869. La citazione, benchè avanti giudice incompetente, non produce decadenza per violazione dell'articolo 251.

Questo punto di questione, in tale conformità deciso dalla Corte di Caen nel 1° febbraio del 1842 (*Journal du Palais*, p. II, pag. 551) è per noi l'applicazione dell'articolo 2125 del Codice civile nella materia analoga della prescrizione. Fu per altri benissimo osservato, che la citazione quantunque diretta a giudice incompetente è *valida* come tale, avendo virtù per far nascere una sentenza. Dal momento della citazione si ritiene iniziata la procedura, che sarà a cessare soltanto per effetto della perenzione (articolo 338 del Codice di procedura civile.

L'atto potrebbe anch'essere nullo e nonostante riparabile, e sarebbe nel caso dell'articolo 145 in fine del Codice di procedura civile; quando cioè la nullità *non riguardi che l'atto di notificazione;* sotto la tutela di questa savia disposizione il tribunale assegnerà un nuovo termine « da stabilirsi nella sentenza « che pronuncia la nullità ».

870. *Esercizio del diritto di garanzia dei giranti verso i rispettivi obbligatari.*

Il girante citato dal possessore della lettera di cambio può esercitare le sue azioni verso i giranti anteriori, il traente e il trattario, anche senza aver rimborsato il possessore agente principale, citandoli a sua volta a quel medesimo tribunale avanti il quale è chiamato egli stesso.

Se il giudizio di garanzia è collettivo, il girante deve aver compite le intimazioni dell'atto di citazione nel medesimo termine che gli articoli 251 e 252 assegnano al possessore della lettera di cambio.

Trattandosi *di lettere di cambio pagabili nel regno*, la citazione deve farsi dal girante entro i quindici giorni dalla notificazione che a lui venne fatta della citazione principale, se il suo rilevatario risiede nella giurisdizione del tribunale del luogo ove si levò il protesto; o altrimenti in quel termine che è indicato nel capoverso dell'articolo 241.

Fra i citandi potranno esservi individui non

(1) Presso il tribunale civile del luogo ove risiede il tribunale di commercio, alla cui giurisdizione è portata la causa.

(2) La nostra egregia Commissione (Vedi Processo verbale, num. 28, della tornata 25 maggio 1865) sentì il bisogno di accorciare i termini; ma furono toccati con mano leggiera.

Digitized by Google

residenti nel regno o stranieri (V. sopra il nº 866), e riteniamo ch'*entro lo stesso termine* la citazione dovrà presentarsi per la notificazione a ciascuno di loro, giusta il prescritto dell'articolo 142 del Codice di procedura civile; i termini per comparire sono quelli stabiliti dagli articoli 148 e 150 della stessa procedura (1).

Se l'esercizio dell'azione è individuale, sicchè ognuno venga poi rivolgendo le sue azioni relative contro quelli che lo precedono nella obbligazione, avremo necessariamente un prolungamento di termini; mentre ad ogni nuovo citato il termine della citazione si rinnova per conto suo (2).

Tutti costoro domandano l'un verso l'altro sollievo, garanzia dalla istanza principale; ma non essendo certi di ottenerla mediante rimborso del primo creditore, domandano ancora l'un contro l'altro la condanna al pagamento.

Il Tribunale di commercio competente a conoscere la questione principale, lo è pure per tutte le subalterne, sviluppandosi un corso più o meno esteso d'incidenti e d'interventi coatti, che vengono in considerazione nel § 1, sez. III, cap. I, tit. IV del lib. I del Codice di proc. civ.

Ma in codesto vario e diverso momento nel quale verranno a maturarsi le istanze rispettive per diventare proponibili all'udienza, spesso sarà d'uopo applicare il disposto dell'art. 197 della procedura. « La domanda in garanzia « non sospende il corso della istanza principale, se non è notificata o proposta come « negli articoli precedenti », cioè nel termine della prima citazione. Allora i giudizi procederanno separati; e non vi è difatti ragione intima e necessaria di connessione fra loro.

L'avallante colpito dall'azione del creditore ha lo stesso diritto di rivalsa verso quelli che ha garantiti.

Per non imbarcarsi in giudizi lunghi e dispendiosi, d'ordinario il creditore insoluto batte di preferenza il proprio cedente, siccome prevede l'articolo 251; e questi rimborsando il suo giratario, subentra in tutte le azioni di lui e in tutte le prerogative del credito cambiario (3). Da quel punto egli esercita l'azione diretta del pagamento o individualmente, o contro tutti. In qual termine?

Se il giratario ha esercitate le sue azioni nel termine di legge, il girante surrogandosi nel luogo suo, non fa che continuare l'introdotto giudizio. Se il giratario fosse decaduto per esercizio tardivo, è chiaro che il girante che lo ha rimborsato, non può utilmente agire contro i rilevatari. Nel primo supposto il girante conserva la posizione giudiziale del giratario; è quindi inutile domandare da qual punto comincia a decorrere il termine fatale dei quindici giorni, e se pagando amichevolmente, questo termine decorra dal giorno dell'eseguito pagamento (4). La questione del termine non può farsi che in un solo caso: qualora il girante avesse pagato entro i primi quindici giorni, essendo ancora vivo il diritto di azione competente al creditore principale. Allora sarà luogo a chiedere se, immaginando fatto il pagamento nell'ottavo giorno, rimangano disponibili al pagatore surrogantesi gli altri sette (5); ma ciò mi sembra un gretto modo di argomentare. È d'uopo stabilire, io penso, che quantunque il creditore principale non abbia iniziati gli atti di regresso, il pagamento gli sia stato fatto nel termine nel quale poteva ancora utilmente esercitare le sue azioni; e da quel punto un nuovo ed ugual termine sorge a favore e nell'interesse del cedente che ha rimborsata la tratta per reagire a sua volta contro gli anteriori garanti e il traente della lettera di cambio.

Articolo 254.

Il possessore della lettera di cambio decade da ogni diritto contro i giranti dopo la scadenza dei termini sopra stabiliti:

---

(1) Adunque due serie di termini da non confondersi: *quelli entro i quali dove esercitarsi il regresso;* e quelli che avvisano alla comparizione.

(2) *A.*, possessore della lettera di cambio insoluta si rivolge contro *B.*, questi contro *C.*, e questi contro *B.*, il quale finalmente si rovescia sul traente nel sessantesimo giorno che è ancora utile per lui.

(3) Sin anche contro coloro che fossero responsabili verso il giratario di qualche atto male eseguito nel di lui interesse, per es., contro l'usciere (Cassazione francese, 9 marzo 1837 (SIREY, part. I, pag. 301).

(4) Questione che si vede discussa da ROGUE (*Jurisprudence consul.*, chap. LXVI, num. 6); NOUGUIER, num. 717 e da altri.

(5) E così un sol giorno se il girante pagasse il quattordicesimo.

Digitized by Google

Per la presentazione della lettera di cambio a vista, a uno o più giorni, mesi o usi di vista;

Per il protesto in mancanza di pagamento;

Per l'esercizio dell'azione di garantia.

Articolo 255.

I giranti decadono egualmente da ogni azione di garantia contro i loro cedenti, dopo i termini sopra stabiliti, ciascuno in ciò che lo riguarda.

Articolo 256.

Il possessore ed i giranti decadono altresì dall'azione di garantia contro il traente, se questo prova che alla scadenza della lettera di cambio vi era provvista di fondi presso il trattario, il quale non fosse in quel tempo fallito.

Il possessore della lettera di cambio in questo caso non conserva azione che contro il trattario.

871. *Da quale spirito di rigida disciplina sia informato questo sistema. Confutazione di una tesi di* Frémery.

Enumerazione di alcune massime di diritto cambiario:

a) *Rapporto alle cambiali improprie e semplici obbligazioni;*
b) *Sul diritto dei cauzionari;*
c) *Sul concetto di decadenza;*
d) *Come partecipi e differisca da quello di prescrizione;*
e) *Della rinunzia alla eccezione di decadenza.*

872. *Ammessa la teoria, che il girante che ha origine da una girata falsa deve rispondere come traente, benchè il possessore della lettera di cambio abbia trascurate alla scadenza le prescrizioni legali, si propongono nuovi sviluppi, e si dichiara il modo di procedere.*

---

871. I tre primi articoli non sono che corollari di principii già discorsi e stabiliti. Noi sentiamo di dover trascorrere rapidamente per non aggravare le ripetizioni. Gli scrittori della materia, arrivati a questo punto, si mostrano stanchi, press'a poco come son io, e si trascinano disordinatamente sopra argomenti già trattati.

Ponendo queste severe disposizioni sotto la critica di un principio, noi scorgiamo come il legislatore venga elevando il suo sistema tutelare sulla economia del tempo, e non attribuisca al possessore della lettera di cambio un sì enorme cumulo di guarentigie, se non alla condizione di tali diligenze per cui i diritti dei suoi rilevatari non restino in alcuna maniera pregiudicati. Il principio è al di sopra del legislatore; egli vi fa omaggio; i modi e le forme soltanto sono nel suo dominio, non arbitrarie però ma regolate dal fine. Frémery, spirito indagatore, diede questa formola: « il « y a déchéance quand la position de l'inté« ressé se trouverait aggravée par l'effet de« la tardivité du protêt si l'action en recours « était admise » (*Études de droit commercial*, all'articolo 168). Quando adunque non vi è possibilità di pregiudizio, egli concludeva censurando l'articolo, non ha ragione di essere la decadenza. Frémery, per fabbricare la sua ipotesi, fa campagna rasa di tutte le obbligazioni che precedono quella dell'ultimo girante, e finge il fallimento universale dei giranti anteriori, del traente e del trattario; e poi soggiunge: qual ragione avrebbe in tale eveniente la decadenza del possessore della lettera di cambio verso quel girante, che rimasto solo in mezzo alle ruine, non può esercitare utili azioni verso gli altri che sono falliti?

Io credo di poter respingere questa censura. Pei casi strani non dispone il legislatore; egli non può scrivere accanto alla regola limitazioni che non abbiano pur esse un carattere di generalità; non è forse del tutto vero che il girante in quel caso non possa fare qualche passo che gli torni in vantaggio verso quelli che rappresentano il fallito e ne detengono il

Digitized by Google

patrimonio: ma v'hà di più. La disciplina è fatta per tutti i casi; essa tende ad evitare pericoli generali; il militare non deve meno osservarla perchè in qualche caso non giovi; il creditore cambiario sottostà alla sua, senza che possa preoccuparsi delle conseguenze, e così il suo dovere è assoluto e quindi uniforme.

Dopo ciò non faremo che raccogliere alcune idee che meritano speciale ricordo, rimettendoci nel resto alle cose dette (1).

a) I tre articoli non sono applicabili che alle vere e proprie lettere di cambio ed ai biglietti all'ordine; non alle obbligazioni che hanno carattere di semplice promessa (2). Cessano gli estremi rigori quando cessano le prerogative delle lettera di cambio.

b) Tutti i cauzionari (e non i soli porgitori di avallo), ciò sono tutti quelli che hanno dato malleveria in relazione agli articoli 207, 234, 237, 238, 553), hanno voce per opporre la decadenza del possessore della lettera di cambio (ALAUZET, nº 979).

c) La decadenza è assoluta, non iscusabile da condizione od età; il minore non avrebbe ricorso contro il tutore (3).

d) La decadenza di cui parliamo suolsi parificare alla prescrizione per inferirne che essa è una eccezione di sostanza e non di forma, e si può, come ogni altra eccezione di questo genere, opporre in tutte le circostanze della lite (4). Siamo perfettamente d'accordo quanto all'effetto. Mi guarderei però dal confondere l'intimo concetto della decadenza con quello della prescrizione. La prescrizione è l'attività costante, il possesso in permanenza e continuo; e così si maturano e si acquistano i diritti. Nel lato opposto è l'inazione assoluta, che scioglie le forze del diritto per mancanza d'esercizio. Chi lascia prescrivere non manca a una disciplina imposta sotto pena di perdere un diritto; egli permette semplicemente al lavoro del tempo di operare certi effetti che si credono conferire all'interesse dell'ordine per cause che qui non è luogo a spiegare; e il diritto si perde per inazione, io diceva, non per qualche contravvenzione fatta alla legge.

e) La decadenza è al debitore un beneficio al quale può rinunciare. Quindi i tribunali non possono pronunciarla senza istanza e d'ufficio (NOUGUIER, nº 725).

Il pagamento fatto dal girante che non ignorava il proprio diritto dopo le irregolarità commesse dal possessore della lettera di cambio, è la rinuncia formale alla eccezione di decadenza.

Che la rinuncia sia personale; che non obblighi gli altri garanti che saranno sempre ammessi ad opporre la suddetta eccezione, non può nascer dubbio. Si è domandato con insistenza se il girante che, non conoscendo abbastanza la situazione, e supponendo che il creditore abbia fatto quanto doveva, ha pagato, possa ripetere l'indebito. L'ignoranza non si presume perchè niun commerciante (ogni commerciante ha riputazione di accortezza) rimborsa una cambiale scaduta e che ritorna in disagio, senza aver presa cognizione degli atti che devono essere stati operati. Si spinge più oltre l'argomento e con buona ragione. Chi ha pagato senza rendersi conto di nulla, ha voluto pagare; la sua ignoranza è volontaria e non ha diritto a veruna restituzione.

Ho veduto farsi una distinzione che reputo cavillosa e inefficace. Se trattasi *di nullità del protesto*, si giudicò più volte, che chi ha pagato non ha mai l'azione dell'indebito (5); una volta sola, che io sappia, e in tempo un po' vieto, fu detto che l'azione potrebbe competergli se il protesto o l'esercizio del regresso fu tardivo (6). La differenza può trovarsi in questo, che nel primo caso la nullità è imputabile piuttosto all'ufficiale redattore del protesto che al creditore. Ma è facile rispondere che l'atto dell'usciere è atto di parte; e i casi si parificano.

Io tengo con MONGALVY e BÉDARRIDE che non abbiasi mai a concedere restituzione *se non provando il dolo e il raggiro del creditore* (7).

—

872. Il possessore della lettera di cambio che acquistò in buona fede l'effetto viziato di

(1) Num. 754, 759, 767, 774, 769, 824, 854 e nell'ultimo commento dall'articolo 246 in poi. Il diritto della provvista è stato ampiamente trattato nei commenti agli articoli 201, 202, 203 e 204.

(2) ALAUZET, num. 978.

(3) BÉDARRIDE, num. 319. La ragione è semplice. Il minore non fa validamente dei contratti cambiari se non si trovi in quelle condizioni d'esercizio che indica l'articolo 4 di questo Codice. Egli è considerato come maggiore.

(4) GOUJET et MERGER, vº *Protêt*, num. 146; PARDESSUS, num. 434; NOUGUIER, num. 721.

(5) Cassazione francese, 7 marzo 1815, 29 agosto 1832, 22 maggio 1833; Bordeaux, 3 gennaio 1840 (*Journal du Palais*, part. II, pag. 408).

(6) Bruxelles, 28 luglio 1810.

(7) PERSIL (all'articolo 165, num. 12) professa una opinione più mite: « On ne peut pas présumer « qu'il (pagatore) renonce à son droit ». Il male si è ch'egli vi rinuncia espressamente col fatto.

falsità in qualche firma, e fu ossequente a tutte le formalità legali, ha la via regia del regresso contro tutti e contro i singoli giranti, a tanto maggior ragione, quanto meno il recapito è sincero. Ma noi qui facciamo il doppio supposto che il creditore abbia mancato al debito delle formalità; e l'effetto commerciale contenga falsità o nella firma del traente o di altri dei giranti.

La controversia fu recata ai tribunali e le opinioni si divisero. La Corte di Lione nel 15 marzo 1826 fu nel giudicare che in simili casi l'effetto commerciale viene a perdere il suo carattere e le sue prerogative; ch'esso non può pretendere agli onori della legalità che circonda di tante guarentigie una vera lettera di cambio; quindi traente e giranti doveano tutti risponderne verso il possessore, nè potevano coprirsi colla eccezione delle formalità inadempite (1).

La Corte di cassazione alla quale fu interposto ricorso da codesta sentenza, andò in altro concetto insegnando che il vizio del falso non esonera il portatore della lettera di cambio da veruna delle formalità prescritte dalla legge; bensì ogni girante sarà costretto a giustificare la sua personalità di maniera che risalendo di girante in girante si pervenga a quello del quale fu supposto il nome e falsata la firma. Tutto il torto e la somma delle risponsabilità ricade sul successore del falso girante che ha messa in circolazione la tratta, benchè da lui acquistata in buona fede; egli n'è considerato il vero traente (2) (sentenza del 17 marzo 1829).

È questo un sistema conciliabile con tutte quelle disposizioni che impongono al possessore della lettera di cambio doveri imprescindibili, e non gli attribuiscono azione verso i rilevatari che dopo averli adempiti?

O il possessore della lettera di cambio, che riteniamo acquisitore di buona fede, ha potuto in seguito rilevare il vizio della cambiale, o non lo ha per anco scoperto al giorno della scadenza. Nel primo caso non aveva motivo per trattenersi dall'eseguire il protesto; nel secondo ne aveva forse uno di più. Egli doveva prevedere gli ostacoli che sarebbe per incontrare in quella situazione anormale del recapito cambiario; e sentire il bisogno di tenersi strettamente alla legalità. Il trattario o ignorasse il vizio; o sapendolo, fosse contento delle garanzie che gli restavano; o avesse ragione di credere che togliendo dal mondo l'effetto commerciale, non potrebb'essere impugnata la validità del pagamento (come in altre occasioni abbiamo avuto occasione di avvertire), e quindi con tal mezzo venisse ad esaurire la provvista già ricevuta, il trattario avrebbe potuto estinguere la tratta e troncare ogni controversia.

La Corte suprema di Francia lo vide e lo ritenne, ma proseguendo con discorso che a prima vista può parere contraddittorio, messa la ipotesi del non pagamento, crede che il possessore della lettera di cambio abbia tuttavia azione per costringere il cedente a giustificazioni che pur suppongono il diritto di azione in colui che le richiede.

L'azione che si ritiene potere ancora esercitare, non oltrepassa la persona del suo cedente obbligato a rispondere della persona e della firma di colui dal quale ha acquistata la lettera (3). Ma è proprio una giustificazione che si può richiedere al girante, sia pure il girante immediato, il quale dal canto suo obbietta l'eccezione di decadenza e la propria liberazione di diritto? Io vorrei qui insinuare un'idea che non si allontana punto dalla teoria ma piuttosto concerne la sua attuazione pratica, e la modifica nell'applicazione.

In quale principio si fonda la dottrina già consacrata dalla Cassazione nella sentenza suindicata? (4). Nella concentrazione dei doveri tutti del traente che viene ad operarsi in quel girante che ha acquistato da persona illegittima, la quale può essere o non essere lo stesso falsario, ma non era certamente il possessore legittimo. L'ultimo giratario, decaduto verso i giranti pel non eseguito protesto, non

(1) Come ora vedremo, questa opinione è caduta in meritato obblio.

(2) Esempio: *A.* traente; *B.* primo e vero giratario; *C.* secondo giratario che acquista la lettera sulla firma falsificata di *B.* Poi la lettera è ceduta da *C.* a *D.*, da questi ad *E.* ultimo possessore, che non può riscuotere il pagamento e non adempie alle cautele prescritte. *C.* non potendo dimostrare di essere stato legittimo possessore, deve indenizzare tutti gli altri, compreso il trattario.

(3) Poichè, secondo la dottrina di Pardessus, generalmente seguita « jamais, dans aucun cas, un « endosseur ou un porteur n'est tenu de prouver « l'existence et la vérité de la signature d'aucun « autre que de celui avec qui il a contracté immé- « diatement » (num. 432).

(4) Nouguier dice in proposito: « Toutefois le « porteur (che non levò il protesto, ecc.) conserve « son recours contre son endosseur immédiat, « lequel, *réputé à son égard tireur*, doit garantir « l'existence de la créance cédée » (num. 702).

Digitized by Google

è decaduto *de jure* verso il traente, ma questo *deve provare la provvista dei fondi* (art. 256). Ed il girante in quella condizione di cose si considera essere lo stesso traente, perciocchè colla imprudenza sua (non diciamo mala fede) ha privato il giratario di ogni ricorso verso il vero e proprio traente della lettera di cambio (1).

Ora io spiego il metodo del procedimento. Prima della scadenza, il giratario che si accorge di una falsità od originale o intermedia che rende così deteriore la sua posizione di creditore, può far rescindere il contratto e ottenere la restituzione delle somme sborsate; o, più mitemente agendo, costringere il suo cedente a dargli cauzione. Se nulla di questo ha fatto, venuta la scadenza, deve levare il protesto ed agire in conformità di legge per conservare l'integrità dei suoi diritti. Non lo ha fatto. *Egli non può allora costringere il cedente immediato a provare la legittimità del suo acquisto* (attesochè si dubita che il di lui autore sia un nome finto, e la girata sia falsa), ma il possessore della lettera di cambio *deve fare la prova egli stesso* che il suo cedente ha tutti i doveri del traente, per causa appunto della illegittimità del suo acquisto. Altrimenti il girante gli risponde che come tale non ha niente a provare, niente a giustificare in faccia a lui che ha perduto ogni azione di ricorso.

Ed aggiungo, che questo diritto il creditore non lo ha solamente verso il suo cedente immediato, ma eziandio verso chiunque dei giranti che potrà stabilire avere origine da una falsa girata, sul quale si fermeranno le obbligazioni del traente quando alla persona stessa del vero traente non possa più risalirsi; il che non può mai dirsi in modo assoluto, dipendendo da circostanze che i giudici soli possono valutare.

Articolo 257.

Gli effetti della perdita di azione, incorsa a norma dei tre articoli precedenti, cessano in favore del possessore contro il traente o contro quello dei giranti, il quale, dopo spirati i termini stabiliti per il protesto, per la notificazione del medesimo e per la citazione in giudizio, abbia ricevuto per conto, per compensazione, o altrimenti, i fondi destinati al pagamento della lettera di cambio.

873. *Questo articolo indica una delle più solenni limitazioni alla regola rigorosa della decadenza.*
Novero di altre limitazioni, dedotte da fatti legali e commerciali.

---

873. Le precedenti avvertenze vengono segnando una delle non poche limitazioni che soffre la regola scritta nei tre articoli; ed ora conviene registrarne altre.

a) Una, e la chiameremo principale perchè ebbe l'onore di sì solenne menzione, è quella appunto dell'articolo 257 (2).

L'articolo è chiaro, preciso, giusto sino alla evidenza rapporto ai giranti. È anche giusto per quanto spetta al traente; ma non si potrebbe credere un pleonasmo; un disposto ultroneo e soverchio? La critica dirà; o il traente ha fatta la provvista dei fondi, ed è liberato (articolo 256); o non ha fatta la provvista, è sempre tenuto ancorchè non si trovi nel caso dell'articolo 257. Ma in favore dell'esattezza del testo si risponde, che il traente, avvegnacchè liberato, può ricadere nella obbligazione come qualunque girante che ha ricevuto da un interessato i fondi per pagar la cambiale (3). Ciò che dicesi del traente e dei giranti può estendersi a chiunque ha ricevuto per parte di qualche interessato ordine e mezzi per soddisfare la lettera di cambio, quantunque pre-

---

(1) Per cui questo disgraziato cedente deve fare la provvista; quanto dire rimborsare il creditore, eccettochè il creditore non sia imputabile di qualche fatto per cui non abbia da attribuirsi a colpa sua il non avere riscossa la tratta: *hoc est notandum*.

(2) Articolo 17 del tit. v della Ordinanza del 1673: « Si depuis le temps reglé pour le protêt, les ti« reurs ou endosseurs ont reçu la valeur en argent, « ou en marchandise, par compensation ou au« trement, ils seront aussi tênus de la garantie »

(3) Tizio, girante, abita a Messina, la lettera di cambio è pagabile a Verona. Volendo far onore alla tratta scaduta, e non avuto riguardo che Sempronio, possessore della lettera di cambio non abbia protestato (forse per delicatezza verso lo stesso Tizio), ha dato ordine a Caio, suo corrispondente, e che fu in origine traente, di pagare in compensazione di suoi titoli di credito.

Digitized by Google

giudicata; e sia suggello di ciò che abbiamo stabilito nel n° 868. Una tratta scaduta, pregiudicata, può sempre essere pagata a titolo di dovere morale, a titolo d'onore, da alcuno di quelli che erano compresi nella obbligazione.

b) Al diritto di opporre la decadenza si può rinunziare (1), anche con fatti che dimostrino l'animo di non approfittarne. Chi domanda in giudizio o fuori, termini, dilazioni a pagare, rinuncia al beneficio dell'eccezione (2). E così chi paga somme a conto del debito (3).

c) Cessa pure la decadenza se il creditore ha sospeso gli atti di protesto ad officiosa domanda del girante; o questi abbia dichiarato di ritenersi sufficientemente avvertito (4). Se non che il creditore viene a concentrare la fiducia del rimborso in questo girante; gli altri obbligati, non acconsentendo, sono rispettivamente liberati (5).

d) La cessione di una lettera di cambio dopo il fallimento dell'accettante non esonera dalle formalità del protesto?

Pardessus, che colla solita ponderatezza esamina questo punto, sarebbe indotto alla sentenza affermativa dal riflesso ch'ella non è questa una operazione di cambio; poichè dopo il fallimento dell'accettante, l'effetto cade realmente dalla circolazione. Ma il maestro vede subito che il portatore se vuol mantenere intatti i suoi diritti verso gli anteriori cessionari, deve serbare la disciplina e non discostarsi dal rigore legale (num. 435).

e) Un'altra limitazione tolgo dallo stesso autore.

Qualche patto precedente, rimasto inadempito dal girante, può renderlo inetto alla eccezione della decadenza. « Si par exemple ayant « (il girante) été mandataire pour acheter la « lettre ou en prendre une en payement, pour « le compte de celui qui agit contre lui en ga« rantie, *il avait manqué aux devoirs de cette « qualité*, en achetant ou recevant l'effet d'un « homme qu'il savait insolvable » (Pardessus, *Droit de commerce*, num. 436).

Articolo 258.

Indipendentemente dalle formalità ordinate per l'esercizio dell'azione di garantia, il possessore di una lettera di cambio protestata per mancanza di pagamento, può ottenere dall'autorità giudiziaria il sequestro dei beni mobili dei traenti, degli accettanti e dei giranti.

874. *Carattere del sequestro. — Facoltà del giudice. — Ordine di competenza.*

---

874. La prima condizione per ottenere il sequestro è nel provare il protesto e la sua regolarità. Il giudice innanzi tutto deve occuparsi di questo fatto giuridico. Ciò è indipendente, dice l'articolo, dall'esercizio dell'azione in garanzia e dalle formalità assegnatevi. Pendenti i termini dell'azione in garanzia, il possessore della lettera di cambio protestata può mettere al sicuro il credito mediante sequestro conservativo, che si risolverà *de jure* rapporto a coloro che rimanessero sciolti dal debito per caducità dell'azione.

Quest'assicurazione preventiva è un diritto speciale del credito cambiario in date circostanze; ha una causa sua propria e prescinde per conseguenza da quelle cause generali che si veggono indicate nell'articolo 924 del Codice di procedura civile. Voglio dire che il creditore non ha bisogno di provare il pericolo urgente, il fondato timore di *fuga* o di *sottrazioni*. Ma se da un lato la natura del credito e il rifiuto di pagamento reclamano il sequestro, dall'altro la esecuzione preventiva non è mai acquisita al creditore; egli deve ottenerla dal giudice che decide della convenienza di accordare il sequestro. Facile pel caso presente nel quale la legge si mostra particolarmente sollecita delle garanzie del creditore, il giudice può anche non esaudire la istanza; diciamo che non è d'uopo dimostrare l'urgenza del pericolo come richiede l'articolo 924; ma potrebb'essere notoria la inesistenza di qualunque peri-

---

(1) Vedi sopra, num. 869, lettera *e*.

(2) Bordeaux, 11 marzo 1828 (Sirey, II, p. 170).

(3) Tribunale di commercio di Parigi del 4 settembre 1827 (*Gazette des Tribunaux de commerce*, 1827, num. 16).

(4) Si vuole ancora che l'aver pagate le spese del protesto, passati i termini della notificazione, importi rinuncia (Nouguier, num. 705).

(5) Ricordiamo due altri casi nei quali la mancanza del protesto è riparata e non nuoce. Quello del pagamento eseguito dopo i termini del protesto (detto num. 869 lettera *e*, e l'altro mentovato nel num. 861).

Digitized by Google

colo. Un sequestro non giustificato da qualche motivo estraneo al formalismo di un protesto, sarebbe un gratuito oltraggio che la saggia prudenza del magistrato non è per autorizzare.

Tutti i soscrittori della lettera di cambio sono esposti al sequestro, compresi quelli dell'avallo, benchè non mentovati dall'art. 258.

Il diritto di solidarietà avrà la sua applicazione eziandio di presente; ma qui pure si mostrerà la prudenza del giudice. Non sarà forse mai che il sequestro si estenda a più persone, se proprio non vi sia una vera minaccia di comune rovina. Del resto, dovendo scegliere, e serbando l'ordine razionale delle esposizioni, vediamo in prima linea l'accettante, vero debitor principale della tratta (1); indi il cedente immediato che per convenzione (articolo 225) non sia sciolto dalla garanzia. Quantunque però l'accettante risulti il debitore principale, gran cautela e antiveggenza conviensi al giudice prima di rivolgere contro di lui il sequestro. Interroghi l'atto di protesto; osservi se il rifiuto non sia accompagnato da ragioni; si preoccupi della condizione economica dell'accettante medesimo. Forse non ha pagato perchè non doveva pagare: laonde si conclude che il girante immediato sarà colui che più comunemente dovrà subire il sequestro.

La competenza e la forma del sequestro sono governate dal Codice di proc. civ.

Qual carattere ha egli mai questo sequestro autorizzato dell'art. 258 del Codice di commercio? Esso appartiene all'ordine dei sequestri conservativi (Codice di procedura cicile, lib. III, tit. XI, sez. II). Se la somma supera lire 1500, concedere il sequestro spetta al presidente del tribunale di commercio. In due casi si ammette la competenza del pretore: 1° Se la somma è inferiore a lire 1500. In tal caso è competente quello del luogo ove ha residenza il debitore, o uno dei debitori, per regola generale (articolo 71); 2° Se il pretore adito sia quello del luogo ove dev'eseguirsi il sequestro, qualora *vi sia urgenza* (art. 927) (2).

Ho detto che il sequestro di cui si tratta è piuttosto della natura *del sequestro conservativo*, e ciò per distinguerlo dal *giudiziario;* la base però di tale sequestro non è la *urgenza*, secondo le previsioni dell'articolo 924: esso deriva dal carattere privilegiato della cambiale che ha in se stessa *la esecuzione parata*, benchè non dipendente dal fatto della parte ma dalla concessione del giudice. Che se a ciò si aggiunge la pressione e il bisogno di provvedere immediato (come in minaccia di fallimento), allora ammetto anche l'applicazione dell'articolo 927: ammetto cioè che il pretore del luogo ove dev'eseguirsi il sequestro può concederlo per qualunque somma, sebbene fosse pendente un giudizio principale.

SEZIONE XII.

Dei protesti.

Articolo 259.

I protesti per mancanza di accettazione o di pagamento sono fatti da un notaio o da un usciere, assistiti da due testimoni. Il notaio o l'usciere richiesto non può ricusarsi, sotto pena di multa estendibile a lire cinquecento, oltre il risarcimento dei danni.

Il protesto deve farsi con un solo atto

(1) Il trattario, non accettante, non è colpito del sequestro; egli non è scritto debitore nella lettera di cambio.

(2) « Se vi sia urgenza, il sequestro può anche in « questo caso (di pendenza avanti superior tribu« nale) concedersi per qualunque somma dal pre« tore del mandamento in cui deve eseguirsi ».

Se vi sia urgenza, suona *se sia urgente fare un sequestro* nel luogo ove siede il pretore, quando sarebbe dannoso portarsi alla città ad invocare la meno istantanea provvidenza di un presidente di tribunale.

Digitized by Google

Al luogo indicato nella lettera di cambio per il pagamento, e in mancanza di tale indicazione, alla residenza del trattario od al suo ultimo domicilio conosciuto;

Alla residenza o dimora delle persone indicate dalla lettera di cambio per pagarla al *bisogno;*

Alla residenza o dimora del terzo che ha accettato per intervento.

Nel caso di errore o falsità d'indicazione del luogo anzidetto, il protesto è preceduto da un atto di perquisizione, nel quale il notaio od usciere fa fede delle ricerche eseguite per ritrovarlo.

Articolo 260.

L'atto di protesto deve contenere

La trascrizione esatta della lettera di cambio, dell'accettazione, delle girate e delle raccomandazioni che vi sono indicate;

L'intimazione di pagare la lettera di cambio.

Esso deve enunciare

La presenza o l'assenza di chi deve pagare;

I motivi del rifiuto di pagare o l'impossibilità od il rifiuto di sottoscrivere.

875. *Cenno storico delle forme degli atti di protesto. — Dichiarazione di metodo.*

I.

Competenza del diritto di protesto.

876. *Chi si presenta a riscuoter la somma deve avere il possesso titolato della lettera di cambio, e non basta la mera detenzione.*

Differenza che può avvisarsi rispetto alla facoltà di ordinare l'atto di protesto. Rinvio.

II.

Luogo del pagamento.

877. *Indicazione dei luoghi ove deve farsi il protesto. Nova redazione dell'articolo* 259.

878. *Se il trattario ha cangiato residenza dichiarando legalmente il luogo ove si è trasferito, alla nova residenza deve farsi il protesto.*

Dell'ultimo domicilio conosciuto. — Osservazioni.

879. *Ove debba essere protestata per mancanza di pagamento una lettera di cambio pagabile in una città diversa da quella ove abita il trattario che, non avendo accettato, non indicò il luogo preciso del pagamento.*

880. *Soluzione.*

881. *Del domicilio reale e del domicilio personale della lettera di cambio per effetto del pagamento e del protesto.*

La sede dei corpi commercianti equivale alla residenza degl'individui.

882. *Se nel luogo designato al pagamento questo non viene effettuato, si dovrà levare il protesto sotto pena di perder le azioni anche contro l'accettante?*

883. *Tre ricerche relative all'articolo* 259.

a) *La indicazione del bisogno appartiene al solo traente, o è comune eziandio ai giranti?*

b) *È necessario, interpellati i bisognatari, in seguito di rifiuto, elevare altrettanti protesti?*

884. — c) *È necessario protestare in particolare per mancanza di pagamento quando un*

Digitized by Google

girante che ha domicilio nel luogo stesso del pagamento, ha indicato il bisogno presso se medesimo?

885. *Ordine delle interpellazioni e dei protesti fra le persone designate a pagare, occorrendo.*

886. *Atto di perquisizione. — Differenza fra errore ed omissione d'indicazione, e varietà di conseguenze giuridiche.*

III.

887. *Forme dell'atto di protesto.*
- a) *Un solo atto;*
- b) *Notaio ed usciere;*
- c) *Testimoni;*
- d) *Presentazione del titolo;*
- e) *Trascrizione del titolo;*
- f) *Data;*
- g) *Intimazione a pagare;*

888. — h) *Da chi e a nome di chi deve farsi il protesto;*
- i) *Notificazione dell'atto di protesto.*

889. *Della nullità dell'atto di protesto; se, e quando la decisione della nullità dipenda da criterio di fatto.*

---

875. Il *Protesto* è un atto conservatorio affidato alla custodia di forme rigorosissime (1). La solennità dell'atto costituisce la sua certezza; il commercio che desidera il movimento facile, e male tollera i vincoli, si è dovuto nonostante occupare della legalità del protesto in un modo particolare. In tempi non prossimi era stimato necessario il rogito notarile; ordinariamente vi erano *notari ai protesti* (2). Ho ricordati nella nota gli usi che correvano nelle principali città italiane. In Francia i rigori apparvero d'avvantaggio. Per l'Editto del 26 gennaio 1664, confermato dall'Ordinanza del 1673, num. 8, i protesti dovevano redigersi o per mezzo di due notai, o di un notaio con due testimoni, o da un usciere, ma sempre con testimoni.

Progredita l'età commerciale, non sono dismessi i rigori presso di noi; il nostro sistema sembra anzi volersi distinguere fra i più severi (3). Per serbare un cert'ordine parleremo: 1° della competenza del diritto di protesto; 2° del luogo ove deve praticarsi; 3° delle forme dell'atto.

I.

Competenza del diritto di protesto.

876. La nostra legge qualifica sempre il creditore cambiario coll'indicativo *di posses-*

---

(1) Nozione di Savary: « Acte de sommation que « le porteur d'une lettre de change est obligé de « faire dans un certain temps à celui sur qui elle « est tirée, lorsqu'il fait refus de l'accepter ou « de la payer. Cette acte est nommé *Protest*, parce« qu'il contient des protestations de répéter toutes « pertes, dépenses, dommages et intérêts; même « de prendre de l'argent à change, et de renvoyer « la lettre au tireur » (*Dictionnaire universelle de commerce*, v° *Protest*).

(2) Heineccius, cap. iv, § 34; Franck, *Institut. jur. camb.*, lib. i, sect. iv, tit. i, § 15: « Adhibetur « notarius legitime juratus, et ad hunc actum le« gitimus requisitus quicumque; nisi ubi pecu« liares notari ad causas mercatorias constituti cæ« teros excludant, aut ipsi, aut per substitutum ». I costumi delle piazze erano diversi. A Bologna i protesti si eseguivano da uno dei notai della giurisdizione consolare (Ordinanze del cambio, §§ 10 e 47). Per le fiere dello Stato di Genova il protesto era giurisdizione privativa del cancelliere e notaio delle fiere. Si facevano in Venezia i protesti avanti uno dei *fanti* o *donzelli* del magistrato di commercio della Repubblica. In esso uffizio si teneva un registro dei protesti ove dai fanti venivano trascritti *per extensum* e per ordine; atti pubblici ostensibili a chiunque. Livorno, che non aveva ancora la importanza commerciale che ha acquistata di poi, non contava statuti particolari, ma l'uso era di fare i protesti per atto di notaio alla presenza di due testimoni, precisamente con tutte le solennità prescritte ai pubblici istrumenti, e colla conservazione di un protocollo speciale ai protesti. Il notaio era obbligato di avvisare nell'atto di protesto le ragioni del rifiuto; trascrivere la cambiale con tutte le girate, e per intero, colle proteste che il creditore avesse creduto di aggiungere. Se la tratta riguardasse persona non abitante in Livorno, l'atto di protesto dicevasi *fatto in piazza*, e stipulavasi *alle pubbliche stanze dei cassieri* ove il notaio recavasi per ricercare se fra i commercianti ivi concorrenti non vi fosse alcuno incaricato di sollevare la lettera; e della ricerca, dell'accettazione, del pagamento o del rifiuto il notaio faceva accurata menzione (Franck, luogo citato, § 22; Baldasseroni, part. ii, art. 9; Phoonsen, chap. ii, § 17).

(3) Vedi in fine del presente capitolo nota di legislazione comparata.

Digitized by Google

sore della lettera di cambio. È più che mai necessario ritenere questa dizione quando trattasi di stabilire il diritto di protesto appresso rifiuto di pagamento. Veramente in questa posizione non sarebbe da adoperarsi come sinonimo l'altra di *portatore della lettera di cambio* che abbiamo stimata univoca nel discorso ordinario. In ciò la domanda dell'*accettazione* differisce *dalla domanda del pagamento*, e l'uno dall'altro protesto. Chi presenta il titolo (la lettera di cambio) senza essere investito del diritto, può ben dire al sig. *A.*: vi piace di accettarla? Il trattario non si cura di conoscere il possessore legittimo; lo saprà un'altra volta; il possessore di oggi non sarà quello di domani: ma nel giorno del pagamento bisogna presentarsi colla veste legale. La *detenzione* della lettera di cambio non giustifica la istanza del pagamento, altrimenti la lettera di cambio non si distinguerebbe più da un titolo al portatore. Il nome del creditore deve trovarsi sullo stesso documento, ed egli deve avere un carattere che lo dimostri tale. L'accettante è in pieno diritto di rifiutarsi; e siccome il diritto del protesto che nasce dal rifiuto è correlativo al diritto di esigere, il protesto non avrebbe ragione di esistenza.

Quel detentore potrebbe chiedere il pagamento in qualità di mandatario, ma io sono convinto che la detenzione del recapito, e il mandato debba giustificarsi. Non ammetto il mandato tacito ed implicito. È così facile che una carta passi da una mano ad altra senz'altra ragione che il fatto. Il trattario potrà pagare, contento al ritirare la sua accettazione; ma rifiutandosi, non può essere attaccato da un protesto.

Abbiamo veduto (numero 821) che in ben altra condizione è il possessore di una lettera di cambio a lui girata in bianco; egli ha nella stessa girata la prova più ampia della procura di cui è fornito.

Aggiungasi che qualunque altro o commissionario o mandatario ha lo stesso diritto di riscuotere e di protestare, *semprechè la sua qualità sia espressa nella lettera di cambio* (1). Pardessus è del tutto con noi ove dice: « Celui « qui ne serait que simple détenteur de la « lettre, et à qui nous avons vu (num. 181 e « 399) (2) *que le payement ne pourrait être « fait valablement, n'aurait pas un pouvoir « suffisant pour faire un protêt à sa requête. « Un tel acte ne pourrait être invoqué par le « propriétaire de la lettre de change pour éviter « la déchéance prononcée à defaut de protêt* ».

Dopo una professione sì solenne continua l'illustre autore: « Toutefois la détention d'une « lettre de change l'autorise suffisamment à « charger un officier istrumentaire à faire le « protêt *à la requête de celui que le dernier « endossement constitue porteur*; car, à quel« que titre qu'il ait cette lettre dans les mains, « il doit veiller à la conservation des droits « qui en résultent » (num. 418).

Confesso che siffatto rivolgimento di logica mi sorprende. Io lascio a chi mi fa l'onore di leggere queste pagine la cura di conciliare l'autore con se stesso. All'effetto di un protesto valevole è d'uopo che il richiedente abbia qualità legittima per riscuotere. Altrimenti il trattario si rifiuta con diritto; e quel ch'è più, lo stesso creditore fornisce al rifiuto causa legittima (3), non essendosi fatto rappresentare da persona munita di facoltà (4).

Dalloz propone una distinzione ingegnosa che a me non sembra ammissibile nel modo con cui viene enunciata, ma può dar luogo ad una considerazione importante. Se il trattario, egli dice, adduce per motivo la illegittimità del presentatore, le conseguenze (da noi accennate) sono giuste. Se al contrario risulta ch'egli non pagò per mancanza di fondi, o perchè si trovava in istato di fallimento, opina che il protesto, *benchè ordinato da un terzo* da considerarsi quale un *negotiorum gestor*, debba ritenersi efficace (*Répert.*, v° *Effets de commerce*, articolo 10, num. 2). Osserva Persil quanto una massima simile sarebbe pericolosa. Chi assicura che quel presentatore non abbia carpito al proprietario il documento?

Io convengo perfettamente con Persil; e non posso concedere la intrusione di un *negotiorum gestor* nell'atto della presentazione e nella richiesta del pagamento. Un riflesso è decisivo. Il gestore di negozi può prendere la iniziativa delle cose utili; ma non può arro-

---

(1) Vedi ciò che si è detto al num. 822 sulle trasmissioni manuali per la conferma del principio riassunto in questo numero.

(2) Al num. 181 insegna che ha diritto di esigere la obbligazione il creditore, il suo cessionario o un suo mandatario. E al num. 399, che il pagamento di una lettera di cambio non può impetersi che da quello a favore del quale è stata tratta; o dal suo giratario, nulla importando che la girata sia regolare o irregolare.

(3) Il trattario può aver motivi per rifiutarsi al pagamento; ma quando la causa non è imputabile al creditore, questo mantiene mediante il protesto suoi diritti verso tutti i coobbligati.

(4) Persil conviene nella prima parte della dottrina di Pardessus (all'articolo 173, num. 3).

Digitized by Google

garsi le veci del proprietario all'effetto di far valere i diritti e le azioni di lui in contradditorio di coloro che non sono tenuti a risponderne che al proprietario medesimo. Perciò ragionando sul protesto e sulla sua legittimità, io insisto sempre sull'atto che lo precede, sull'atto fondamentale, la presentazione legittima. Vedremo più avanti che il pubblico ufficiale non ha bisogno di un'autorizzazione speciale per compilare l'atto di protesto che sidistingue troppo dalla sua causa per ritenere che non possa anche essere demandato da un gestor di negozi. Ne torneremo a parlare al § III, ove si tratta delle forme.

II.

Luogo ove deve farsi il protesto.

877. Il luogo destinato al pagamento forma parte della convenzione (1). L'articolo 259, che ha il còmpito di stabilire l'ordine graduale dei luoghi nei quali deve farsi il protesto, pone avanti ad ogni altro il luogo *indicato nella lettera di cambio per il pagamento.*

Appresso viene il luogo legale. L'art. 173 del Codice di commercio francese, dal quale avevano preso il Codice di commercio sardo, siciliano ed altri, accenna al *domicilio*, ora del trattario, ora dei bisognatari, ora del terzo accettante per intervento. Il disposto dell'articolo 173 è lodato da NOUGUIER, che per esso vede derogarsi all'art. 68 della procedura, il quale ordina doversi fare le notificazioni degli atti *alla persona o al domicilio.* Nato non so come il dubbio se l'art. 68 (proc. franc.) non dovesse servire di norma alla costituzione del protesto, il Consiglio di Stato nel 25 gennaio 1807, aveva risposto che no, e l'illustre scrittore (n. 776) trova che ciò va benissimo perchè incomoda troppo di pagare nel luogo ove uno si trova forse per caso; bisogna portarsi *al domicilio* (reale), là dove si fanno gli affari e si tiene la cassa « il fallait donc de toute nécessité que la réquisition de payement et « que la protestation pour son refus eussent « lieu en la demeure même du débiteur ».

Un ordinamento così speciale come quello dei protesti non ha la menoma attinenza alla procedura civile: non conferma, non deroga; è una legge che sta da sè, e contempla il proprio fine. Senza dubbio quando la persona non è passiva dell'atto che le viene notificato (ad es. una citazione), ma deve dare e fare qualche cosa, deve operare, conviene che la legge abbia riguardo se i mezzi a ciò opportuni vadano per solito uniti alla persona onde non assalirla, per dir così, in luogo non adatto e alla sprovvista. Noi teniamo alla stessa idea, e la nuova redazione dell'articolo 259, cangiando i termini soliti ad usarsi, non ha fatto una novità di sostanza. La correzione introdotta deve attribuirsi ad esattezza di redazione e non ad altro. Il Codice di commercio ha voluto mettersi in armonia colla nomenclatura dell'articolo 139 che domina in tutto il Codice di procedura civile; ciò che colla parola *domicilio* fu detto troppo largamente, ora si circoscrive *alla casa in cui il trattario ha residenza*, ossia dimora abituale e continua. In difetto, il luogo del protesto è quella della semplice *dimora*, attuale e accidentale. E la idea del *domicilio* è abbandonata (2). Giustamente: il domicilio civile è un concetto di ragione (« il luogo in cui « la persona ha la sede dei propri affari ed in« teressi »), e non indica quel punto del territorio e dello spazio nel quale può cogliersi la persona per richiederle un pagamento, e dove possa fissarsi la redazione di un atto giudiziario.

È chiaro a chiunque legge l'articolo 259 che soltanto l'indice dei luoghi che riguardano la intimazione da farsi al trattario, è d'ordine graduale, laddove è simultanea la ricerca da farsi nei varii luoghi ove la cambiale può esser pagata, ricerca che precede la redazione dell'atto di protesto.

878. L'esegesi dell'articolo 259 domanda la spiegazione di alcune dubbiezze che si sollevano alla sua lettura.

Varii casi possono presentarsi che la brevità della formola legale non può sciogliere in prevenzione, intorno al luogo del pagamento, in quanto dipende dalla stanza del principale obbligato.

Il trattario non esiste più in quel luogo; ha cangiato residenza.

Se cangiando residenza ha fatte le dichiarazioni divisate dall'articolo 17 del Codice civile, sapremo legalmente la sua nova dimora. Se la distanza dell'antica residenza è breve, il creditore eseguirà senza incomodo la interpellazione; ma se la dimora fosse molto lontana, e separata dai pagatori addietti che devono essere successivamente interpellati? L'accet-

(1) « Contraxisse unusquisque in eo loco intelli« gitur in quo ut solveret se obligavit » (Leg. 21, D. de obl.). Non poterai fare altrove il pagamento (Leg. 9, Dig. de eo quod certo loco), e tutto il titolo.

(2) Eccetto il caso indicato nel secondo capoverso dell'articolo 259, del quale veniamo a parlare.

tante, o semplice trattario, che abitava a Como si è trasferito a Marsala; andremo colà a cercarlo? Tramutando residenza colla dichiarazione legale sopra indicata, egli ha fatto uso legittimo di una sua civile libertà; ha acquistato il diritto di essere interpellato alla sua nuova residenza. La legge non distingue e parla evidentemente *della residenza attuale.* Dovremo incaricare un notaio o un usciere di Marsala. L'articolo 260 vuole nell'atto di protesto indicata *la presenza o l'assenza di chi deve pagare.* Il che mostra sino alla evidenza che conviene dirigersi primieramente alla residenza attuale del trattario.

Ma se n'è andato chi sa dove: ha esulato dal regno. L'unico partito che allora ci rimane si è di portarci *all'ultimo domicilio conosciuto*, ove probabilmente non troveremo chi ci risponda, ma è anche possibile, se il nostro emigrato è persona di buon conto, ch'egli abbia lasciato un mandatario coi quattrini occorrenti.

Il trattario, così involatosi alla nostra vista, può avere avuto diverse residenze posteriori a quella che è giunta a nostra cognizione (1). Il pubblico ufficiale è tenuto di fare indagini per accertarsene? Quali indagini? Dovrà farne menzione nell'atto di protesto? Basterà il dire che quello *è l'ultimo domicilio conosciuto*, sebbene non lo fosse? La *cognizione*, è quella particolare dell'ufficiale operante; o s'intende quella dei più, la cognizione del pubblico, la notorietà?

La legge non impone indagini se non nel caso *di errore o falsità d'indicazioni:* nel caso cioè in cui smarrita la traccia, si va come a tentone e non si sa dove si riesca. Si comprende facilmente che la legge non ha attribuito altrettanta importanza alla relazione del luogo in cui abitò ultimamente quell'uomo che ha abbandonato il paese o si è trasportato altrove, quasi clandestinamente, senza dare il menomo cenno del suo nuovo domicilio. La legge confida nella diligenza del creditore, nelle mosse prudenti del pubblico ufficiale; e nulla richiedendo di estrinseca dimostrazione, non permette, a questo titolo, eccezioni di nullità. Non potrebbe allegarsi, io credo, che quella trascuranza eccessiva: quella colpa che è stata in modo visibile produttrice di un danno. Vi sono dei principii generali cui niuna legge speciale intende derogare. Tal è quello dell'articolo 1151 del Codice civile (2).

879. Si è proposto come di molta gravità il seguente problema. Ove mai debba essere protestata per mancanza di pagamento una lettera di cambio *pagabile in una città diversa da quella ove abita il trattario, non essendovi accettazione nè indicazione della casa in cui il pagamento dovrà effettuarsi*?

La specie in ipotesi è questa: che nella lettera di cambio sia bensì indicato il luogo del pagamento che sarebbe in un paese diverso da quello in cui abita il trattario, ma non avendo costui emessa la sua accettazione, il luogo del pagamento non è assicurato al possessore della lettera di cambio, che si trova quindi incerto ove abbia a levare il protesto. Horson (qu. 118, 119 e 120) e Pardessus (num. 421) avvisano che il protesto non possa farsi *che alla residenza o domicilio reale del trattario*, se non vogliasi fare un atto illusorio e senza risultato. Dalloz risponde: le stipulazioni del contratto di cambio devono essere eseguite, non possono variarsi senza il consenso di tutte le parti contraenti. Convenuto che il pagamento si farà in un dato luogo, ciò deve aver effetto malgrado che altro piaccia al debitore. Il luogo del pagamento non può essere incerto (condizionale in questo caso come altri dice): al creditore interessa di essere pagato nel paese divisato nella lettera; egli si assoggetta a provocare l'accettazione, dalla quale anche si aspetta la indicazione precisa del domicilio ove saranno messi a disposizione i fondi, ma non ha voluto far dipendere dal fatto dell'accettazione o dalle risposte dell'accettante il cangiare la destinazione. Niuno può togliere al possessore della lettera di cambio il comodo di procacciarsi i fondi nel luogo destinato mediante la operazione del ricambio (articolo 263 e seg.). Nè ciò potendosi fare che in seguito di rifiuto di pagamento, è dunque necessario constatarlo coll'atto di protesto *nel luogo ove la lettera di cambio è pagabile, ivi praticandosi il ricambio e non dove abita il trattario, non accettante.* Per lo più l'effetto, al momento della scadenza, si trova nel luogo in cui il pagamento deve eseguirsi; e tante volte il presentatore è

(1) *L'ultimo domicilio* conosciuto è una maniera poco esatta per significare *l'ultima residenza* conosciuta.

(2) È notorio che Giovanni ebbe abitazione e sede di commercio a Savona prima di partire per l'America. Il creditore Pietro, male informato, si fece nel giorno della scadenza rappresentare a Cuneo, ove Giovanni aveva tempo innanzi ritenuto il suo principale commercio; non fu pagato, e levò il protesto. Ma Giovanni aveva già spedito in tempo debito i fondi a Savona, ove non furono ricercati, e offeso del protesto, ne ottiene la nullità, ed agisce per la emenda dei danni e della ingiuria.

Digitized by Google

nella impossibilità di farlo pervenire in tempo al domicilio del trattario. Pendente l'invio, se il traente o il trattario si decidono di spedire i fondi al domicilio della cambiale, il creditore che intanto si è privato della carta cambiaria per tentare la sorte al domicilio del trattario (1), egli è perduto. I fondi sono nella piazza ove non può presentarsi non avendo più il recapito; al domicilio del trattario è respinto per le buone ragioni che i fondi si sono fatti nel luogo destinato per il pagamento. Infine se ci sono dei supplenti al bisogno (che sono sempre là ove deve eseguirsi il pagamento) come farete? Questo è il ponderoso ragionamento di DALLOZ (*Effets de commerce*, sect. X, § 5).

Prima di risolvere conviene aver presenti anche le ragioni dell'altra parte. HORSON così discorre. Qual è lo scopo di un atto di protesto? Giustificare che il possessore della lettera di cambio ha fatto tutto quello che poteva fare per conseguire il pagamento alla scadenza, e liberare i suoi rilevatari. Che importa se il trattario non ha accettato? Forse più tardi ha ricevuto i fondi, e per un motivo qualunque si è disposto a pagare. Vedete adunque quanto sia necessario assicurarvi presso il trattario medesimo. Che andate a fare in un'altra città dove non è un punto determinato a cui dirigersi, e non ci sarà chi voglia pagarvi? *Est un acte dérisoire* (sue parole).

Si obbietta che in tal guisa si cangia *la natura del titolo?* Ed HORSON ripiglia: è appunto la natura particolare del titolo che ci conduce alla conseguenza opposta. Giranti e giratari sanno tutti, che l'accettazione non è sicura, e quindi può accadere che il *locus solutionis* resti nell'indeterminato. Il protesto per mancanza di accettazione verrà opportuno per render chiari i possessori della lettera che alla piazza, genericamente additata dalla lettera di cambio, è inutile far capo. Dopo questi riflessi gravissimi, l'autore finisce confessando di non avere sciolto totalmente il dubbio, e NOUGUIER, che segue la opinione opposta: « J'avoué que, comme M. Horson, je ne suis « pas parvenu à une conviction profonde » (num. 784).

880. *Soluzione.*

Io credo preferibile la sentenza di HORSON, e mi permetto aggiungere qualche sviluppo, in risposta alle obbiezioni (2).

Prendiamo le mosse dalla legge. *Il protesto deve farsi, al luogo indicato nella lettera di cambio per il pagamento*, in mancanza ecc. Il luogo indicato per il pagamento è qualcosa di specifico, di concreto, di preciso. Una città è un aggregato di edifizi, ognuno dei quali, o una parte qualunque di essi, può essere fissato come *locus solutionis*, ma nè il senso filologico, nè il giuridico e contrattuale permette di appellare luogo di pagamento un territorio, una città, uno spazio indefinito (3). Il subbietto a cui si applica, limita e circoscrive il portato della espressione legale (4): l'impraticabile non è cosa seria, non può entrare nelle viste del legislatore; nè imporsi come condizione all'esercizio di un diritto.

In questa semplice considerazione io rinvengo lo scioglimento del quesito. Il dire che la lettera di cambio sarà pagabile a Milano o a Venezia, come si dicesse nelle provincie lombarde e nelle venete, non è indicare *il luogo del pagamento* ove due persone, due volontà, due fatti simultanei (la domanda ed il pagamento; la domanda e il rifiuto) devono avverarsi in un tempo prefisso (5). Colui che *sic voluit*, colui che si è contentato di questo, non ha stipulato un fatto specifico; ma soltanto che il traente sarebbe tenuto *a procurare una accettazione determinante il luogo del pagamento* nella cerchia e nella periferia ove a lui, creditore cambiario, premeva di conseguirlo (6).

Vi ha dunque convenzione efficace; e tal-

(1) Il caso è vieppiù angustioso quando si tratta di piazze lontane. Il creditore, per esempio, si è fatto destinar Venezia per luogo di pagamento, mentre l'abitazione del trattario è a Messina.

(2) PERSIL, all'articolo 173, num. 7 confuta l'opinione di DALLOZ.

(3) *Locus ubi quid locatum esse potest, item, ubi quidpiam consistit* VARRO, lib. IV, *De lingua latina*). E nello stesso libro: *corpus ubi agitatur locus est.* Nell'idioma legale il *locus* non è il *fundus*, ma una parte precisata del fondo. *Locus est non fundus sed portio aliqua fundi... sed fundus suos habet fines; locus vero latere potest, donec determinetur et definiatur* (Leg. 60 Dig. de verb. signif.). *Locus facit ut idem vel furtum vel sacrilegium sit* (Leg. 16, § 4, Dig. de pœnis) e sempre un punto determinato. Onde il *loco rem movere* (Leg. 3, § 18, Dig. de adquir. vel am. poss.).

(4) *Certo loco dare oportet:* e in caso analogo, disse il giureconsulto SCÆVOLA (Leg. 3 titolo de eo quod certo loco, ecc.), *si quis locum non adjicit non valet stipulatio.*

(5) *Locus latet*, secondo la bella espressione del testo romano citato, *donec determinetur et definiatur.*

(6) Ed è naturale che il traente non prefigga il luogo che deve lasciarsi al comodo dell'accettante, purchè entro certi confini.

Digitized by Google

mente efficace che se il trattario non vuole assumere quest'obbligo, il presentatore può voltargli le spalle e a carico del traente elevare il protesto. Ma s'egli si appaga di un'accettazione pura e semplice, svanisce *il luogo del pagamento* che non sia quello dell'abitazione o residenza dell'accettante medesimo.

E se non vi ha accettazione di veruna sorta, il luogo convenzionale rimane nel vago e senza forma giuridica, mancata quella condizione per la quale la promessa avrebbe dovuto avere la sua esecuzione specifica.

Dopo ciò la legge si presenta testualmente applicabile. *Luogo indicato per il pagamento nella lettera di cambio per il pagamento*, non esiste. Ne conseguita che la ricerca e il protesto non possono farsi *che alla residenza del trattario o al suo ultimo domicilio conosciuto* (1).

E questa è difatti la regola generale a modificare la quale si vogliono patti chiari e surrogazioni praticabili e certe. Non essendovi alcun altro pagatore per relazione di persona o di luogo (2), resta il solo trattario. Il possessore della lettera di cambio ha quella posizione ch'egli medesimo si è formata.

Noi siamo facili a trovare nei nostri oppositori quella confusione d'idee che è in noi. « Il y a une confusion dans ce raisonnement, « diceva DALLOZ; le lieu de payement n'est « pas incertain; il est toujours fixé dans la « lettre de change ». Qui è l'errore; il luogo del pagamento *è incerto*, anzi non esiste: e spettava al creditore il farlo dichiarare colla precisione necessaria all'atto stesso della sua convenzione col traente.

La differenza è grandissima anche sotto questo aspetto. Nel caso in cui il traente espresse il domicilio della cambiale, egli si tenne obbligato a fornire i fondi nel luogo indicato indipendentemente dal trattario; nel caso opposto la indicazione del luogo si è fatta dipendere dallo stesso trattario.

L'obbietto tratto dalla facoltà del ricambio è ben piccola cosa. Qui PERSIL risponde benissimo « La retraite ne peut se faire qu'après « refus de payement; *il est donc nécessaire de « constater ce refus dans le lieu où la lettre « était payable, puisque c'est de là que la « retraite doit être datée* ».

Il sig. ALAUZET, che è dei più recenti, si associa alla opinione di DALLOZ (num. 998). Il suo discorso è di una grande leggerezza. Interessa, egli dice, al creditore di riscuotere in un dato luogo; ne convengo, ma non basta aver interesse; vuolsi anche stipulare tali convenzioni che siano atte a farvi ottenere quel risultato. La lettera di cambio, soggiunge ripetendo alcuni altri argomenti di DALLOZ, si trova d'ordinario nel luogo del pagamento ed ivi potranno essere dei pagatori supplementari (bisognatari). Ma qual è il luogo del pagamento? Ecco la questione. Se il luogo del pagamento è la residenza del trattario, avrete fatto malissimo inviando il documento in un luogo diverso. Se i *bisognatari* non sono meglio indicati, non potranno venir ricercati con più vantaggio. E se lo sono verranno escussi appresso il rifiuto del trattario, eziandio supponendo la loro degenza in luogo diverso (V. num. 885). Può accadere che qualche interessato spedisca i fondi *al luogo designato* mentre voi andate viaggiando verso il domicilio del trattario! Ma ella è appunto *la designazione del luogo* che non si conosce. Sarebbe d'uopo di mandare un avviso al possessore della lettera di cambio che *nel banco del sig.....* della nominata città si troveranno i fondi; ma ciò oltrepassa la nostra questione nella quale non supponiamo questo elemento di fatto.

881. Indi viene facile a sciogliersi il dubbio sul luogo della ricerca e del protesto in quanto il domicilio del trattario contemplato dalla lettera di cambio sia *personale* o *reale*.

Dichiarare che una lettera di cambio sarà pagata *da un tale che abita in un tal luogo*, ovvero *al domicilio del sig. tale* sono modi diversi ed esprimono idee dissimili. Nella prima formula si ha in contemplazione principalmente la persona; la sua abitazione viene accennata *dimostrativamente*. Nella seconda si contempla piuttosto il luogo. In codesta ipotesi insegnò la Cassazione di Francia per una notevole decisione: « L'indication est indipendance de la personne ». Nell'altra è *personale*, e allora « est régulier autant que juste « de faire le protêt au lieu qui constitue effectivement le domicile au moment de l'échéance de l'effet au porteur » (3).

La legge nella sua espressione generale *alla*

(1) L'articolo 173 del Codice di commercio francese fu segno di critica per non avere schiarita questa situazione. Ho già ricordato che il nostro articolo 259 non fa che ripetere l'articolo 173. In seguito però delle suddette osservazioni che credo nuove, potrà sembrare non fondata la critica.

(2) Anche *il luogo è pagatore*. Io posso indicare la casa del signor *B. G.* nella città di Genova, senza riferirmi alla persona, come posso destinare il banco *F.*, che vale: in quella casa o su quel banco si troveranno i danari nel giorno della scadenza.

(3) Arr. del 19 luglio 1814 SIREY, XV, I, p. 9).

Digitized by Google

residenza del trattario o all'ultimo suo domicilio conosciuto, sembra voler significare la residenza *attuale* del trattario (1), quella cioè ch'egli possiede al tempo della scadenza e del protesto. E difatti ciò accade sempre che non sia indicato *il locus solutionis*. Contemplata la persona, bisogna seguire il suo movimento domiciliare (2). E si contempla la persona ogni volta *che non sia indicato il luogo del pagamento* (3).

La indicazione del luogo è una convenzione favorevole al creditore cambiario; *et plus est in obligatione* del trattario, essendo tenuto a soffrire un incomodo pagando, fuori, od almeno a non poter variare il sito del pagamento. Ha meno insomma di comodo e di libertà. Questo principio bisogna ritenere perchè per esso si stabilisce che il carico di provare questo suo diritto incombe al creditore medesimo (Vedi n° precedente).

Ora potrà domandarsi se avendo per es. PIETRO la sua casa commerciale in Padova quando accettò la lettera di cambio, l'accettazione emessa in Padova equivalga *a indicazione di luogo di pagamento* da effettuarsi indeclinabilmente in questa città, malgrado abbia prima della scadenza trasportato il suo domicilio a Venezia. In generale, se l'accettante non dichiara espressamente il luogo in cui ha in animo di pagare, egli si rimane nella libertà che gli acconsentì la legge, cioè di pagare alla sua nuova residenza. L'accettazione pura e semplice non riceve veruna significazione speciale dal luogo in cui è stata emessa; e il luogo deve considerarsi come fatto accidentale. Talvolta per l'effetto del pagamento cambiario potrebbe ravvisarsi una doppia residenza. Dato il caso che la casa commerciale che quell'accettante aveva in Padova sia rimasta, come dianzi, aperta al commercio, il possessore della lettera di cambio avrebbe buona ragione di escuterlo in quella medesima sede? Io credo di esser nel vero dicendo che codeste questioni non sono tanto governate dagli ordini legali che molto ancora non avanzi al criterio del giudice secondo la varietà dei casi e delle circostanze (4).

L'argomento è interessante in fatto di corpi morali, di banche e società di commercio che hanno case, uffizi e sedi onde la loro vita nel mondo esteriore si manifesta. La nostra legge non si occupa che d'individui; per essa il trattario è sempre un individuo che ha una casa di abitazione, una *residenza* che va mutando a proprio comodo. Ma più frequentemente quelli che tranno o accettano cambiali sono corpi commerciali che non abitano in nessun luogo ed hanno i loro centri di attività ove trattano gli affari e rispondono delle loro obbligazioni. A siffatti domicili la legge di procedura attribuisce la stessa virtù di statuire la competenza territoriale che è attribuita alla residenza e dimora della persona (articolo 90, alinea 2). A me sembra molto semplice, che quanto dicesi nel nostro articolo 259 sulla residenza e dimora della persona, abbia a dirsi eziandio della sede di una società commerciale e di una banca. Il cangiamento di (abitazione) degl'individui, fosse pur quello degli amministratori e rappresentanti, nulla influisce; e non può menomamente dubitarsi che il pagamento non abbia a ricercarsi nella sede sociale e in quel luogo farsi il protesto. Ripeto ancora, il luogo dell'accettazione non costituire il *locus solutionis* convenzionale, inevitabile; ma guardo questa sede come la residenza dell'individuo morale. Se la sede è mutata, e non potendo a meno che la nuova non sia conosciuta, ivi sarà ad effettuarsi pagamento o protesto.

882. Se nel *luogo indicato per il pagamento*, questo non viene effettuato, si dovrà elevare il protesto sotto pena di perdere le azioni *anche contro l'accettante?*

Non si legge in veruna parte del Codice che il protesto sia una condizione per serbare illese

(1) Nulla toglie a questo concetto, ciò che segue *o all'ultimo domicilio conosciuto:* che suppone non un cangiamento semplice di residenza, ma l'abbandono di quella che si aveva, e forma appunto *l'ultimo domicilio conosciuto.*

(2) Come si è avuto occasione di notare in uno dei numeri superiori (num. 880).

(3) Verificatosi adunque un cangiamento di domicilio nei modi che rendono il cangiamento obbligatario per le notificazioni ai terzi (num. sud.), si prosegue il domicilio (residenza) attuale. Fu ritenuto che continuando ancora il trattario la sua dimora nell'antica abitazione, ivi sarebbe regolarmente operato il protesto (Cassazione francese, 1° giugno 1842, *Journal du Palais*, I, pag. 351).

(4) Avendo l'accettante (non il semplice trattario, prego di avvertire) il suo fondaco o *comptoir* in un luogo e la sua residenza in un altro, il protesto, dice PERSIL (all'articolo 173, num. 11), deve farsi al luogo indicato per il pagamento. Si va sino a dire che il protesto deve farsi al *comptoir* quantunque chiuso per causa di fallimento. Ho notato nel testo che *il luogo dell'accettazione* non è per se stesso indicativo del luogo del pagamento se altro non si aggiunga. Vedi però le ulteriori osservazioni.

8 OTT 1869

Digitized by Google

le azioni di credito verso l'accettante (1). Ma facendone la legge universale di cambio austriaca un caso apposito, risoluto dall'autorità sua in senso affermativo, può fornire almeno soggetto di esame critico che tanto contribuisce ad approfondire la materia.

Noi sappiamo che nei consigli dell'Impero la massima incontrò non lievi opposizioni (2). Non si comprende facilmente come l'accettante, che noi consideriamo il diretto e principale debitore della lettera di cambio, possa esser liberato dal debito solo perchè la persona da lui incaricata a pagare non lo abbia soddisfatto, il che non può avvenire che per una di queste due cause: o che l'accettante non abbia forniti i fondi al luogo indicato; o avendoli forniti, un mandatario infedele ne abbia abusato. Ma non è forse il mandante che deve risponderne?

Badate che noi parliamo di *accettante* e non di semplice trattario. È l'accettante che assunse l'incarico di pagare in un dato luogo. La ragione più speciosa che abbia potuto dirsi a favore di quel sistema, essa è, che la negligenza del creditore può far perdere la provvista (supponendo che sia stata fatta). Tralascio che non sarebbe mai la mancanza del protesto che farebbe perdere la provvista, ma sì la trascurata ricerca del pagamento onde sarebbe in certo modo favorita la cattiva inclinazione del terzo ad appropriarsi l'altrui. Ma nella ipotesi che il protesto non sia stato fatto per la buona ragione che il pagamento non fu neppure domandato, che male ne deriva all'accettante? Quello stesso che gli deriverebbe se il pagamento avesse dovuto farsi a casa sua. Il male di lasciargli in mano il danaro; del quale può sempre liberarsi mediante un'offerta reale, o scorso il termine di legge, può anche guadagnarlo mediante la prescrizione. Sono in ben altra condizione i giranti ed il traente aggravati di una terribile solidarietà al solo fine di guarentire la solvenza del debitore malgrado ognuno di essi abbia fatto singolarmente il debito suo.

—

883. Passando a discorrere di quella parte dell'articolo 259 che richiede — *il protesto alla residenza o dimora delle persone indicate nella lettera di cambio per pagarla al bisogno* — tre ricerche si presentano:

a) La indicazione del *bisogno* appartiene al solo traente o è comune eziandio ai giranti?

b) È necessario d'interpellare i bisognatari, e, rifiutato il pagamento, levare altrettanti protesti?

c) È necessario protestare in particolare per mancanza di pagamento quando un girante, avente domicilio nel luogo del pagamento, ha indicato il bisogno presso se medesimo?

Sulla prima questione.

L'espediente *del bisogno* era di fresca invenzione si può dire, quando si discuteva il Codice di commercio francese (3); era altresì limitato negli effetti. L'uso non accordava che all'autore della lettera di cambio, al traente, di provvedere con questo mezzo supplementare al pericolo del non pagamento. Secondo ciò che avverte FRÉMERY, scrittore accuratissimo, l'articolo 173 di quel Codice fu redatto sotto questa impressione (4). Si stava incerti se il protesto dovesse anche eseguirsi *al raccomandatario*, così chiamavasi allora: e POTHIER, il precursore, o se potesse dirsi così di un grand'uomo, *le trait d'union* fra l'antico e il moderno diritto, mostrò la necessità del protesto. Non si tardò ad apprezzare l'insegnamento. Malgrado però le vedute alquanto ristrette dei legislatori, l'uso e la ragione estesero la facoltà della raccomandazione supplementaria dal traente ai giranti. Fortunatamente la legge si era espressa in termini sì generali, che non fu sentito mai il bisogno di riformarla. Lo stesso interesse che muove il traente ad assicurare con tali mezzi il pagamento della lettera di cambio, muove i giranti i quali dubitando della puntualità di un trattario qualunque, provveggono di vantaggio, indicando che nel mancamento di lui vi sarà persona pronta ad onorare di pagamento la lettera di cambio. Quanto se ne giovi la lealtà delle contrattazioni e la prosperità del commercio, troppo è palese (5).

(1) Che il caso sia fuori del disposto del quale trattiamo, rilevasi dalla lettera del testo, che ingiunge il protesto *alla residenza del trattario* soltanto allora che *non vi sia luogo indicato nella lettera di cambio per il pagamento.*

(2) La votazione riuscì di 15 suffragi contro 3 contrari (Prot., pag. 87, CATTANEO, commento all'articolo 43).

(3) FRÉMERY attesta che non venne in uso che nel secolo XVIII, e POTHIER fu il primo che ne discorresse come autore.

(4) *Études de droit commercial*, chap. XXIV. Aggiungo che decisioni francesi di data non antica sarebbero tuttavia in quell'avviso (Cassazione francese del 24 marzo 1829, 3 marzo 1834, 29 luglio 1830; Tribunale di commercio di Parigi, 8 marzo 1835), per quanto ci narra RIVIÈRE, che sia ancora col sistema vecchio (pag. 372). NOUGUIER ed altri moderni non ne fanno più contesa; e hanno per indubitato quello che noi tocchiamo brevemente nel testo.

(5) Il Codice di commercio spagnuolo (art. 491)

Digitized by Google

Sulla seconda questione.

Sono adunque ammessi i giranti a indicare dei pagatori supplementari, muovendo da ciò che la legge non opporrebbe ostacolo ad una tale facoltà. La quale però considerandosi quasi una estensione della lettera del testo, e piuttosto una specie di concessione equitativa che un diritto inerente alla negoziazione cambiaria, la giurisprudenza si mostrò disposta a ritenere che il portatore non sia tenuto a far protestare la lettera di cambio se non al domicilio del bisognatario *indicato dal traente* (1).

Il discorso si aggira su questi argomenti: che la legge non autorizza i giranti a indicare dei pagatori al bisogno sicchè possano rendere obbligatario al creditore il protesto relativo. Se ad uno dei giranti ne concedete la facoltà, dovete concederla a tutti gli altri; per conseguenza imponete al creditore l'obbligo di altrettanti atti di protesto, il che è assurdo. Non è lecito ai giranti *changer la nature de leur obligation et aggraver par ce moyen la condition des parties.*

La decisione della quale parliamo, è stata vivamente censurata. FRÉMERY (chap. XXIV) ben diceva: io vi accordo che la legge non siasi occupata di questa caso (2); ma io vi oppongo la convenzione; voi avete acquistato l'effetto commerciale con quelle indicazioni che dovete rispettare come rispettate quella del traente, la quale pure ha base nella convenzione.

Se qualcosa di assurdo poteva ravvisarsi, era il distinguere fra *le indicazioni sorgenti dal corpo della lettera di cambio* e quelle che risultassero nelle girate (3). La nostra legge e la francese, identiche nella espressione, non fanno distinzione là dove accennano — *alla residenza o dimora delle persone indicate nella lettera di cambio per pagarle al bisogno* (4).

La legge risponde, e non vi è replica possibile. Pochi riflessi possono aggiungersi e non sono meno decisivi. Il numero dei bisognatari è un complesso di altrettante garanzie addizionali che danno forza al credito e sicurezza al creditore. Chi ha il comodo deve subire anche l'incomodo; si acquista ben volontieri una tratta, forte di tanti mezzi di soddisfacimento; ma chiunque ha ricevuto dei pegni, delle garanzie, deve conservarli. L'atto di protesto *non essendo altro che la prova di una interpellazione di pagamento riuscita senza effetto*, diventa per ciò necessario, *non essendo ammesso altro genere di prova.* Il girante che vi ha dato il fideiussore, ha il più evidente diritto di opporvi il debito della escussione e l'obbligo di provare ch'essa fu inutile (vedi il seguente num.) (5).

884. *Sulla terza questione.*

La posizione è questa: il possessore della lettera di cambio deve protestare alla scadenza, o non gli basterà di denunciare il protesto fatto al debitore principale, citando il relativo girante entro il termine dei quindici giorni?

La legge, scriveva HORSON nella quest. 116, non ha voluto nè potuto volere la formalità del protesto che rapporto al terzo bisognatario; ma nel caso presente la persona che dovrà supplire al pagamento non è forse il girante medesimo?

Il girante che dichiara che presso di lui si troveranno i fondi, mancando al debito gli altri obbligati vuoi il trattario o i bisognatari anteriormente designati, ha per iscopo di troncare d'un tratto il movimento regressivo a cui si accinge il creditore della cambiale lasciata senza onore dal debitore principale. È vero che ogni girante al quale viene notificato il protesto, può accorrere e liberarsi col pagamento, ma vedete bene che conviene restare per qualche tempo nella incertezza e nel dubbio, avendo il possessore della lettera di cambio uno spazio più o meno prolungato per notificare il protesto. Inoltre il girante, quando ne sarà avvertito, non potrà pagare senza far pervenire il danaro al domicilio del creditore, forse lontano, facendone l'offerta reale ove lo ne ha fatto una legge espressa, particolareggiata, e con abbondanza di parole: « Se le lettere di cambio contengono indicazioni fatte dal traente *o dai giranti*, per esigere l'accettazione o il pagamento, in mancanza della persona designata all'accettazione o al pagamento, il portatore, dopo aver fatto il protesto, deve sollecitare l'accettazione o il pagamento dei bisognatari (*suietos*) nominati, prima dirigendosi a quello indicato dai giranti secondo l'ordine delle girate ».

(1) Corte di cassazione francese del 21 marzo 1829 (SIREY, vol. XXIX, part. I, pag. 169).

(2) Il che però non sussiste, come veniamo a dire.

(3) Se la facoltà d'indicare il bisogno fosse accordato esclusivamente al traente (osservava finamente una sentenza del tribunale di commercio d'Havre) questa facoltà diverrebbe impossibile nei biglietti all'ordine, benchè parificati alle cambiali.

(4) L'articolo 260 esige la menzione delle girate e delle *raccomandazioni che vi sono indicate.*

(5) PARSIL, all'articolo 173, n. 13, 14; NOUGUIER, num. 785; e non credo che nelle idee moderne vi sia opposizione.

ricusasse; mettendosi insomma in disagio di tempo e di spese. Per contro la designazione *del bisogno presso se stesso* ha questo effetto, che il creditore, percorsa la linea dei principali tenuti al pagamento (Vedi num. 882) deve presentarsi al girante che, pagando, ritira tosto il recapito, s'impadronisce per così dire della situazione; e procede poi con maggiore tranquillità ad esercitare le sue azioni di rimborso.

Dee questa considerarsi una convenzione aggiunta e nuova nei rapporti del girante *A.* col suo giratario *B.*, che per la ragione dei correlativi importa diritto da una parte ed obbligo dall'altra; diritto del girante di pagare prontamente e al proprio domicilio; obbligo del portatore di presentarsi per esigere. E se il portatore trascurasse questo dovere, quale mai ne sarebbe la conseguenza? Egli sarebbe decaduto dal diritto di rimborso verso il girante medesimo, che imponendosi una obbligazione superiore a quella di semplice girante, si pone nello stesso tempo sotto il rigore della legalità che lo protegge dalla negligenza del creditore. *Egli deve esigere il pagamento* (cioè presentarsi ad esigerlo) *nel giorno della scadenza* (articolo 247) sotto pena di decadenza (articolo 254).

La ricerca del pagamento e il rifiuto sono fatti necessariamente preliminari al protesto; ma l'atto stesso di protesto, che n'è la prova formale, è poi sempre necessario? Non lo ritenne l'autore sopra citato e qualche tribunale di grande pratica commerciale (1). Se non che quell'autore preferì allo spirito la parola materiale della legge, e gli bastò di credere che il testo dell'articolo 173 non si prestasse ad una interpretazione, secondo lui, troppo estesa, sembrandogli che ivi non si contemplassero che *les besoins indiqués chez des tiers, domiciliés hors du lieu où se fait le protêt, et non par endosseurs habitant le dit lieu.*

È stato risposto ad Horson collo stesso metro; si è aperto il Codice e si è mostrato che l'articolo 173 non fa alcuna distinzione. Si è anche risposto all'argomento tratto dall'articolo 159 del Codice francese (243 del nostro): debole argomento per verità, ivi dicendosi che — quegli che paga per intervento è surrogato ai diritti del portatore. — Persil non disconviene che il girante nella situazione in cui si è posto, sia da parificarsi all'interveniente, e che l'articolo 159 non contempli fuorchè il caso del terzo. Ma osserva, che questo articolo non *regola che il caso ordinario*; non essendo però men vero che il girante subentra in tutte le azioni del portatore (2). Si diede anche un'altra risposta niente più concludente. Perchè, si disse, potendo un girante creare un supplementario terzo che paghi e gli faccia rientrare senza indugio la carta commerciale, non potrà fare tutto ciò da se stesso e nel medesimo luogo?

Io veggo la questione in un altro modo. Io comprendo in genere la inutilità di un protesto. Se il creditore non avesse delle rivalse da esercitare contro altre persone sussidiariamente obbligate, l'atto conservatorio di diritti, quale il protesto, non avrebbe ragione di essere. Ma è una prova indispensabile sempre quando si hanno degli altri coobbligati e dei diritti da conservare. Il girante che costituisce in sè o presso di sè *il bisogno*, aggiunge una nuova garanzia; è duopo di esaurirla *anche nell'interesse dei subrilevatari*, li chiamerò così, e se l'esito è sinistro, constatarlo per mezzo del protesto. Ecco la ragion vera, che meglio si chiarisce al numero seguente, per la quale il protesto è necessario. La questione del luogo *ove esiste il bisogno* parmi davvero estranea. Che *il bisogno* sia per trovarsi presso un terzo o presso uno dei giranti è senza dubbio la stessa cosa rimpetto alle formalità da praticarsi: ma ciò che decide si è, che gli altri obbligati hanno diritto anch'essi di farsi appoggio di tale garanzia, e pretendere la prova del suo totale esaurimento (3).

—

885. *Ordine delle interpellazioni e dei protesti fra le persone indicate a pagare in supplemento.*

La legge ha avuto cura di tracciare un ordine abbastanza schiarito, tenendo conto delle graduali posizioni nelle quali si trovano gli obbligati verso il creditore; ma dei supplenti al bisogno ha composta una categoria, e quivi

(1) Il tribunale di commercio in una sentenza del tribunale di commercio di Parigi dell'11 luglio 1826, che valse di appoggio alla opinione di Horson.

(2) Strana contesa! L'interveniente è sempre ed essenzialmente un *terzo*, come si disse commentando gli articoli 242, 243; e la questione non poteva essere se il girante fosse un interveniente spontaneo.

(3) Bédarride, al num. 548, sembra contrastare questa opinione. La nuova designazione, dice questo autore, « n'ajoutant rien aux droits du preneur, ne saurait lui imposer des devoirs nouveaux, ni lui enlever un bénéfice que la loi lui confère de plein droit. L'endosseur est tenu en sa qualité du payement ». Abbiamo già risposto all'obbiezione.

Digitized by Google

non ha distinto fra quelli che la compongono. Insegna però NOUGUIER (al num. 786): « Si « plusieurs besoins existent, le porteur n'est « pas maître de choisir celui qu'il se presen« tera d'abord. *Il suivra l'ordre traité* en s'a« dressant au premier désigné. Il est probable, « en effet, que celui qui a fait l'énonciation « n'a mis plusieurs racoomandations que dans « la prévision ou le premier tiers indiqué re« fuserait d'acquitter la lettre » (NOUGUIER, n° 786).

Questa dottrina, che ha pure l'appoggio di qualche decisione, è ragionevole. Conviene per altro fare osservazione, che più bisognatari può indicare un solo dei debitori; e singolarmente può ognuno arricchire la propria firma di un bisognatario a propria difesa, per così esprimermi. Nel primo caso è molto evidente la scala delle interpellazioni: è un vero ordine graduale stabilito dal debitore il quale comincia dall'impegnare quel corrispondente nel quale ha maggior confidenza, poi si va estendendo ad altri, coll'animo che l'ultimo nominato sia anche l'ultimo che dovrà molestarsi. È quasi sempre opera del traente: quel complesso di garanzie forma un vero corredo del credito cambiario, e una prerogativa del titolo (1). Talvolta anche un girante o più giranti si nominano dei supplementari; lo scopo è sempre uno, soddisfare la lettera di cambio alla scadenza. Avendo noi un certo numero di bisognatari, che chiameremo di diverse provenienze, può presentarsi una questione d'ordine che non è precisamente quella risolta da NOUGUIER, Se l'atto di protesto *è unico* (2), le interpellazioni sono necessariamente singolari, molteplici e successive. Imperciocchè il primo che paga chiude il ballo e mette fuori d'impegno tutti gli altri.

Qui, bisogna dirlo, vi è silenzio su tutta la linea. Equo raziocinio ci persuade che i supplementari più antichi dovranno essere anteposti ai più recenti nell'onore della interpellazione e del pagamento, dovendosi ritenere che ogni mandante abbia voluto spendere la sua moneta pel solo caso che i promittenti anteriori avessero mancato. Ma il giureconsulto non detta regole di convenienza; e dove la legge tace, non si può far uso di una rigidità che simboleggia il precetto. Non si saprebbe dove fondarsi per affermare la nullità qualora il creditore non seguisse esattamente quell'ordine. Se il creditore stimasse più adatto rivolgersi senz'altro al supplemento del suo girante immediato, gli si potrebbe fare un serio rimprovero? Non è raro che il nome di taluni di codesti supplementari sia talmente superiore che sembri invitare il creditore a sè quasi per forza irresistibile. Fra cinque e sei dubbi che stringerebbero le spalle e non vi farebbero cera allegra, voi avete un banchiere luminoso, nella stessa città, al quale basta presentarsi per esser pagato; e andrete ancora gettando le reti per vedere di coglier gli altri che per avventura furono proposti prima di lui?

Non credo adunque possibile stabilire su base giuridica fuori di questo postulato: che *quando più persone sono indicate al bisogno da uno degli obbligati al pagamento, devono essere successivamente richieste secondo l'ordine della loro nomina*. Ma non può con effetto imporsi al creditore di procedere alla stregua delle nominazioni se vi hanno persone designate da questo o da quello dei responsabili cambiari, e dovendo in opposto concludere per la nullità, vi mancherebbe l'appoggio della legge (3).

—

886. *Atto di perquisizione.*

Nel caso di errore o falsità d'indicazione ecc. La parola *errore* non si legge nel testo francese e nel sardo; ma propriamente colla frase *falsa indicazione* s'intendeva *erronea indicazione*, non per causa dolosa.

L'atto che fa testimonio delle premure datesi dal pubblico ufficiale in questa non lieve briga, non è il protesto; ma lo precede e vi presta a così dire il fondamento. Eppure PARDESSUS, che scriveva dopo il Codice, non era sempre sicuro della necessità dell'atto di protesto; a parer suo, ci sono dei casi nei quali non sembra possibile. Se la lettera di cambio non indica un nome conosciuto, e porta un

---

(1) Mentre ogni acquisitore riceve il titolo con quella pienezza di guarentigie, e ne pregusta i vantaggi in credito e in sentimento di sicurezza. A questa specie di assimilazione col titolo non possono pretendere le garanzie addizionali fornite sparsamente dai giranti. Non credo però che per cotali finezze giuridiche si esitasse di riconoscere, che i giranti avevano non minore diritto dei traenti per deputar pagatori al bisogno, ma per quelle cause più materiali che venni avvertendo al num. 881, lettera *o*).

(2) Di ciò più avanti.

(3) Si domanderà quale vi sia legge nel primo caso. È la convenzione che forma legge; poichè, ove le nomine dei bisognatari non siano alternative, ma successive, e tali appariscono, non può dubitarsi della intenzione del mandante nel senso sopra spiegato dal NOUGUIER.

omonimo senza il menomo indizio a schiarire l'equivoco, come faremo? Onde PARDESSUS opina che « un acte de perquisition fait dans « le même delai que doit l'être le protêt, « remplirait alors le veu de la loi qui ne peut « exiger l'impossible (num. 422) (1).

Osserviamo bene: *erronea indicazione* non è il negativo assoluto, non è il vuoto: è qualche cosa, ma qualche cosa che lascia incerto ed esitante. Voi m'indicate un nome poco noto, una strada, un numero: il numero è sbagliato, o sbagliata la strada: la città è vasta: il pubblico uffiziale fa una specie di perlustrazione che gli riesce inutile; stende un atto ove narra strettamente ma precisamente i suoi passi e le sue ricerche: dopo tutto, fa il protesto.

Una *indicazione erronea* è una verità per chi crede, sino al momento in cui conoscerà il proprio inganno. Il possessore della lettera di cambio con quelle indicazioni si tiene sicuro, benchè si tratti di una città come Parigi; manda la cambiale a Parigi: il domiciliatario non si trova. Ma figuratevi adesso il caso (intorno al quale si è discusso sotto un aspetto non molto diverso (al num. 877) che per tutta indicazione di pagamento si abbia la città di Parigi; con questo capitale di notizie in mano correrete voi a quella metropoli sconfinata per avere il diletto di fare così all'aria un protesto?

Non è dunque l'ignoto, o ciò che nessun dato presenta di sua reperibile esistenza, che deve impegnare le diligenze dell'uffiziale del protesto; perchè la legge non può avere ordinate delle pratiche senza scopo, senza risultato e senza dignità. Deve pertanto mantenersi la conclusione del nostro num. 878: indicazione vaga e che non lascia traccia per attivare delle ricerche, non essere valutabile, aversi per non scritta, e doversi invece rivolgere la domanda del pagamento alla residenza del trattario ed ivi far il protesto.

Che se il possessore della lettera di cambio in quest'ultimo caso si fosse abbandonato ad una ricerca impossibile in una terra estranea alla ordinaria stanza del debitore, perduto un tempo prezioso, sarebbe decaduto dall'azione di rimborso, non potendo fare in tempo debito il protesto alla residenza del trattario. Quel pallone che lanciasse in Parigi, sarebbe una vana mostra, e il protesto fatto colà non gli recherebbe alcun vantaggio.

Ma se il creditore portato da un segnacolo *capace d'ingannare*, si dirige al luogo ov'è invitato, fa quello che deve; e non potendo schiarire quell'imbroglio, preserva ogni suo diritto coll'atto di protesto. Il notaro o l'usciere in un luogo qualunque della città stende l'atto che contiene la dimostrazione dell'errore e la storia delle inutili ricerche, colle dichiarazioni formulate nell'articolo 260. Mi propongo di dire qualche cosa più avanti (2) sulla notificazione dell'atto di protesto (3). Ma nessun atto, ammonisce l'articolo 261, può a questo supplire, e non so come il nostro PARDESSUS potesse vedere *nell'atto di perquisizione* un compenso al protesto, a fronte dell'articolo 175 del Codice di commercio francese.

III.

887. *Forma dell'atto di protesto.*

a) Un solo atto.

È utile che una sola scrittura contenga tutto ciò che giova sapere della storia poco amena di un giorno di scadenza terminato con un protesto. Parmi che la unità riguardi principalmente la stessa scrittura, ossia il processo verbale delle operazioni. Anche la continuità del tempo è nelle viste della legge, come fu sempre in certi atti la cui unità è garanzia di verità e di fede. Tuttavia alla necessità delle cose bisogna piegarsi. Il tempo non è sempre a nostra disposizione; lunghe ricerche, moltiplici correrie per trovare un pagatore che ci sfugge dietro equivoche indicazioni, nei brevi giorni invernali specialmente, potranno obbligare a metterci di mezzo *il momentum naturæ* e continuar l'opera il dì appresso.

Un altro significato si racchiude nella formola *un solo atto*. Non tanti atti ad ogni stazione della *via crucis*, non tanti protesti, ma un solo e finale *in quo totum continetur*.

b) Notaio od usciere.

Sono inutili le osservazioni: la legge vuole così. Tuttavia ci si permetta il dire, che codesta parificazione dei due ministeri non appaga: i notari non amano la compagnia che loro è stata data (4), benchè fra gli uscieri si trovino per-

(1) Vedi DALLOZ, idem *Effets de commerce*, sec. X, § 11.

(2) Num. 886, lett. *f*).

(3) Nella superiore esposizione si è sempre supposto che il possessore della lettera di cambio sia costretto a subire l'errore altrui; ma se avesse egli stesso fornito erronee indicazioni all'operatore di lui mandatario, è chiaro che ne sarebbe il solo responsabile.

(4) « Les notaires ne rédigent jamais de protêts « il croiraient déroger à la dignité de leur minis« tère; ils abandonent ce soin aux huissiers ». Così PERSIL.

Digitized by Google

sone istrutte, e debbano esserlo per le funzioni ben gravi che loro affida la nuova legge di procedura. E con poca spesa avrebbe potuto farsi una distinzione conveniente, accordando al notaio l'intera fede che è la sua nobile prerogativa; e aggiungendo alla operazione meno autentica, perchè non naturalmente istrumentaria, dell'usciere, i due testimoni.

Rapporto agli uscieri sarà applicabile l'articolo 41 del Codice di procedura civile? (1).

Può esser motivo di dubitare quel comando così assoluto a *tutti* i notai e a *tutti* gli uscieri (nella sfera d'esercizio delle loro funzioni) che si legge nell'articolo 259. Il dubbio è gravissimo. Fra questi *tutti*, vi sarà qualche usciere che possa esimersi a causa di parentela dal fare il protesto? Può rispondersi che il caso è regolato dalla procedura civile; e precisamente dall'articolo 41, al quale non si vede derogato dal Codice di commercio. Vi ha qualche opinione autorevole in questo senso (2), ed anche è stato deciso (3).

c) *Testimoni.*

L'assistenza dei testimoni è necessaria; l'atto altrimenti sarebbe nullo (4). *Assistenza* indica presenza dal principio al fine dell'atto.

d) *Presentazione del titolo.*

La legge non dichiara quest'obbligo del creditore, forse perchè non ce n'era bisogno. Del resto meno che una forma dell'atto è una giustificazione di diritto; il debitore può a tutta ragione rifiutarsi al pagamento. Il protesto in tal caso non sarebbe nullo per la forma ma vuoto nella sostanza, inconsistente, inefficace. Eccettochè il debitore non dichiarasse altri motivi del rifiuto: per es. di non aver fondi.

Nè sussiste quell'avviso di Nouguier (n° 738) che *il est de celles situations sur les quelles les juges ont une souveraine appréciation*. Niente affatto; niun giudice può decidere che il debitore non abbia diritto di vedere il documento e di ritirarlo, pagando. Vero è che la Corte di cassazione (francese) nel 5 luglio 1843 (Sirey, v. XLIV, I. 49), argomentando dal silenzio della legge, pensò che la presentazione del titolo non fosse prescritta *a pena di nullità*. Si può osservare ch'essa non è prescritta in verun modo. Ma si confuse la forma esteriore dell'atto colla essenza del diritto, e non vogliamo ripeterci (5).

e) *Trascrizione del titolo.*

L'omissione di qualche parte del documento cambiario porterebbe a nullità, quando fosse in parte sostanziale. L'aggiungere all'atto di protesto circostanze non vere, sarebbe falsità.

f) *Data.*

È la necessità di ogni atto pubblico. Tanto più quanto il tempo coarta e bisogna stabilire che si è stati a capello sul termine preciso e inviolabile.

g) *Intimazione di pagare la lettera di cambio* (6).

Noi ci serviamo più volontieri della voce *interpellazione* che sembra più opportuna. La *intimazione*, per es. ad un trattario che non ha emessa accettazione, sa di ostico e di sale oltre ciò che conviene. Nè si saprebbe concepire quando chi deve pagare non *fosse presente*, si nascondesse, fosse irreperibile: cosa non rara.

Chi farà la *interpellazione* o *intimazione* al debitore affinchè si presti al pagamento? L'uffiziale istrumentario n'è autorizzato dallo stesso recapito cambiario che porta con sè e ne giustifica la missione. Non gli è mestieri altro mandato. Egli rivolge la parola al debitore, raccoglie le sue risposte. Non presta facile fede a chi dicendosi mandatario o commesso si offre a rispondere negativamente. Non è precettivo il colloquio *con chi deve pagare*; ma se può vedersi senza molta difficoltà, giova sempre riferirsene a lui stesso, anche perchè una onesta riflessione potrebbe persuaderlo, ed egli dato un ordine contrario, potrebbe pentirsi. Il redattore del verbale sarà il primo a sentire quanta responsabilità pesa su di lui. L'assenza è rifiuto; ma primieramente è indispensabile recarsi al luogo ove uno si può trovare. La legge suppone sempre che uno si deve trovare nella sua dimora abituale e continua. Su questa presunzione

(1) « Gli uscieri non possono fare atti del loro ministero che riguardino se stessi, la loro moglie, i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, sotto pena di nullità ».

(2) Nouguier, num. 736.

(3) Il tribunale di commercio di Parigi (16 gennaio 1816) dichiarò nullo un protesto fatto da un usciere nell'interesse di una società uno dei membri della quale era cugino germano dell'usciere medesimo.

(4) « La presence des deux notaires ou de celle « de l'officier instrumentaire *et des témoins assistants* « *est de rigueur par sa validité* » (Pardessus, n. 419). Dalloz, v° *Effets de commerce*, n. 741; Nouguier, num. 733; Tribunale di commercio di Parigi, 27 agosto 1832. Ma V. num. 889.

(5) Vedi intorno alla necessità di essere muniti del titolo cambiario il numero.

(6) Ricordiamo ancora che tutto ciò che veniamo affermando della lettera di cambio, vale altresì per il biglietto all'ordine.

fabbrica molti veri processuali, e dà sempre il torto a colui che non è in casa. L'atto di citazione si ha come notificato a lui benchè non lo sia; l'offerta reale è valida come a presente. Così la interpellazione a pagare la cambiale venuta a scadenza, si ha come eseguita. Il corso rapido degli affari non permette altrimenti. Vi è un motivo particolare a carico del trattario dedotto dalla natura del negozio cambiario. Un giorno di scadenza non si dimentica mai da un commerciante leale. Una risposta si deve dare, qualunque sia, franca e sincera. L'assenza volontaria non è solamente rifiuto a pagare ma eziandio a rispondere.

Si è parlato dell'assenza *volontaria*. Che diremo della *involontaria*, del caso di forza maggiore che trattenga il debitore, suo malgrado, fuori della propria residenza?

L'assenza involontaria del debitore, non potendo mai equivalere, neppure per finzione giuridica nell'attuale contingente, alla presenza (1), non impedisce il protesto benchè più tardi possa rilevarsi che la sua lontananza non aveva il significato di un rifiuto. Ma si abbia in mente, che lo scopo primario del protesto si è la conservazione dei diritti del creditore, e la dimostrazione autentica di non essere stato pagato il giorno della scadenza.

Qual danno viene a risentirne il debitore? Quello delle spese del protesto indubbiamente, o si voglia che il caso fortuito non debba pregiudicare che a lui, o si rifletta che non è mai senza colpa un commerciante che non sa prevedere cotali incidenti. Ritornato, egli può sciogliere tostamente il debito al possessore attuale della cambiale o del biglietto all'ordine (2), e provvedere all'onor suo.

L'uffiziale del protesto non ha dalla legge ingiunzione formale di verificare l'assenza. Egli non può forzare il domicilio: se gli è tenuta la porta, se i famigliari, se i commessi del negozio testificano l'assenza (dall'abitazione) della persona che si cerca, si dovrà farne menzione nel protesto: e questo vale giustificazione all'operante.

888. *h) Da chi e a nome di chi deve farsi il protesto.*

Lo stesso ufficiale che ha cominciata la operazione deve compirla. La unità di un atto nel vedere della legge è una garanzia; qui fra le unità quella della persona del redattore è più la certa delle garanzie (3). Se un notaio o un usciere sottentrasse all'altro, non potrebbe far fede che di una parte dell'avvenimento; se uno raccogliesse dall'altro la storia per redigere il protesto, non farebbe che una relazione del detto altrui. Se improvviso malore sorprende l'operante, chi gli succede non può assumere la operazione a mezzo, e deve riprenderla da capo (4).

È regolare che il protesto si annunci in nome del creditore e per istanza di lui. La Corte di Metz, in una decisione del 17 aprile 1815 (5), dichiarò nullo un atto di protesto fatto *in nome del figlio* del creditore. Si allegava in contrario che il figlio, utilmente agendo gli affari del padre, aveva potuto ordinare quell'atto conservatorio. La Corte non negò il principio, impacciandosi nella forma « car « lorsqu'on agit dans l'intérêt d'un tiers, il « faut le faire en nom de celui-ci ou au « moins manifester cette intention d'une ma« nière quelconque, ce qui n'a pas eu lieu ». Ma questo è rigore intollerabile; così s'inventano le nullità! L'atto di protesto procurato da un gestor di negozi è valido (6); ma si ha a dichiarar nullo perchè l'atto stesso porta sinceramente e lealmente il nome del volontario procuratore! Io non comprendo come chi può esser autore legittimo di un atto, lo condanni a nullità col suo manifestarsi. Senza dubbio il processo verbale nominerà il proprietario della lettera di cambio e creditore effettivo, dovendosi trascrivere l'intero documento. Siamo già intesi che gli atti successivi di citazione dovranno farsi in nome diretto del proprietario medesimo, *non trattandosi più di conservare un diritto ma di esercitarlo.*

i) Notificazione dell'atto di protesto.

L'articolo 251 accenna di passaggio alla notificazione del protesto. Nulla disponendosi del rito, convien portarsi agli ordinamenti della procedura.

Il protesto si notifica alla persona e nel

(1) Come avviene in altri casi nei quali si tratta *di decadere da un diritto*. Se n'è visto esempio notevole al num. 867.

(2) A quello per esempio che è subentrato per intervento.

(3) Mentre la unità di modo e di tempo cede talvolta a qualche necessità superiore.

(4) Cioè ripetere la interpellazione e accertarsi del rifiuto. E rifare, occorrendo, le ricerche: stranissimo caso ma umanamente possibile.

(5) Giornale *Le Droit* del 23 del mese suddetto.

(6) Non ammettiamo facoltà in un gestor di negozi per interpellare il pagamento (Vedi num. 874), ma conveniamo che l'atto di protesto col quale non si esercita il diritto e non si fa che conservarlo, può avere il suo effetto per cura di un gestor di negozi.

Digitized by Google

luogo in cui si notifica la citazione (art. 251). La nostra regola dunque sarà negli articoli 136, 139 e 140 del Codice di procedura civile. Al num. 884 si proposero avvertenze, forse non inutili, pei casi nei quali si renda opportuno di procedere *a perquisizioni*, ossia a ricerche per iscoprire fra erronee indicazioni la verità. Se non si riesce a scoprirla, bisogna erigere il protesto; *ma in qual luogo si notifica?*

Esaminando questa combinazione, gl'interpreti francesi additarono il rito dell'art. 69 del loro Codice di proc. civ., ove è detto che se il luogo della residenza non è conosciuto, l'atto di citazione sarà affisso all'uditorio del tribunale del luogo ove si propone il giudizio; una seconda copia si consegna al procuratore del re, che pone il suo visto sull'originale (1).

Io credo che qui si confonda *il luogo ove si fa il protesto* con quello *in cui deve seguire la notificazione* del protesto. L'atto si fa sempre là ove s'interpella il pagamento; là dove si soffre il rifiuto: il protesto è la prova solenne dell'avvenimento, qualunque esso sia. Se una falsa traccia vi ha portato a Modena, ove non avete trovato persona che vi risponda perchè forse colui che cercate abita a Bologna, il protesto si erige a Modena, ed è necessario porti la data di quella città. Ma dovete ben guardarvi dal far ivi la notificazione secondo gl'insegnamenti dei citati egregi scrittori. Voi non potete asserire che sia *sconosciuto* quel domicilio che non avete saputo trovare per la mala direzione che vi condusse. Io ho supposto che la persona che deve pagarvi esista, non però a Modena, sì a Bologna. Voi prendete per norma della notificazione il vostro errore anzichè la verità. Che dovete fare se venite a scoprire il vero domicilio del trattario a Bologna? Vi recate colà; vi presentate; fate conoscere che un errore al quale non avete dato causa vi ha sviato; esibite la prova delle premure inutilmente usate; se non siete pagato, rinnovate il protesto.

Non trovo in nessuna legge imposto l'obbligo di notificare il protesto al trattario che non si è rinvenuto o si è rifiutato. Sotto questo aspetto, la fallacia di quella dottrina si manifesta viepiù. La notificazione del protesto la farete ai vostri rilevatari, al vero loro domicilio, se volete fare tal cosa che sia legale e torni a vostro profitto.

889. Dopo sì accurata tariffa di fatti obbligatorii e di formalità, noi non sentiamo pronunziare la parola *nullità*, e il rigido precetto rimane senza sanzione.

Ciò è stato meditato; il silenzio della legge francese, mantenuto dall'italiana, ligia sempre a quei sistemi, era il frutto di una discussione nella quale la mozione di MERLIN e di JAUBERT affinchè la sanzione della nullità fosse decretata, non ebbe riuscimento. Quindi venne a dirci il sig. BÉDARRIDE: « La question de nullité pour violation totale ou partielle de « l'article 174 est donc abandonné à l'appréciation souveraine du juge. Ce qui doit le « décider, ce sont les conséquences que la formalité omise a eues ou peut avoir » (2).

Una questione di nullità comincia sempre dall'essere una questione di diritto. Se ad una disposizione precettiva, riguardante parti distinte di un atto, non viene apposta la dichiarazione di nullità in caso d'inosservanza, questo significa che non ogni inosservanza trae a siffatta conseguenza; e il legislatore ha abbandonato al giureconsulto l'analisi degli elementi essenziali e costitutivi, e di quelli puramente accidentali, il cui difetto non forma che una irregolarità. La procedura civile ha statuito questo principio razionale nell'articolo 56 (3). Ciò non conferisce alla semplicità del sistema, siamo d'accordo (4), ma è più conforme alla ragione e, dirò così, più filosofico. Nel suo intrinseco, nella sua natura, la questione appartiene agli ordini più eminenti del diritto; e lungi che il giudice *sia sovranamente padrone*

(1) PERSIL, sull'articolo 178, num. 20. Ecco le sue parole, che mi piace di raccogliere: « Enfin, si « malgré toutes les recherches, *le domicile des per-« sonnes qui doivent payer la lettre de change reste « inconnu*, l'huissier clôt son procès-verbal, il pro« teste, et il fait usage du § 8, de l'art. 69 de Code « de procédure civ. ». ALAUZET ripete, senza il menomo esame, *Comment.*, num. 1000.

(2) BRAVARD è anche più spiccio: i tribunali, egli dice, giudicheranno *de bono et æquo* (pag. 372). Confesso che io non aveva mai udito che le nullità che sono degli apici del diritto, potessero giudicarsi *de bono et æquo*.

(3) « Non può pronunciarsi la nullità di alcun « atto di citazione o di altro atto di procedura, se « la nullità non sia dichiarata dalla legge. — Pos« sono tuttavia annullarsi gli *atti che manchino degli « elementi che ne costituiscono l'essenza*. »

(4) Il regolamento di procedura civile pontificio d'altronde assai pregevole, forse per questo riflesso della semplicità e uniformità, sanciva nel § 408: « Ogni contravvenzione alle leggi di procedura in« duce la nullità dell'atto ».

Digitized by Google

di mescolare codesti elementi a suo grado, deve saperli classificare e distinguere (1).

Sono criteri d'essenzialità: la competenza della persona uffiziale che eseguisce l'operazione; la pienezza dell'atto in quanto concerne le notizie indispensabili (la inserzione del documento cambiario, i nomi del creditore e del debitore); l'accertamento del tempo (la data). Forme sostanziali, non potrebbero esser supplite da mezzi subalterni, da prove testimoniali per esempio (articolo 261); e l'ostacolo si troverebbe eziandio nella regola generale di ragione, trattandosi *di atti pubblici* (articolo 1317 del Codice civile). L'atto è tutto in se stesso; esso è giudicato dalla propria forma; quanto soddisfaccia o no al voto della legge, la sua costruzione, la sua esteriorità, lo dimostra.

Resta una folla di considerazioni secondarie, più o meno influenti in ordine allo scopo che si è prefisso il legislatore: questioni subalterne che variano secondo la posizione del fatto; riguardano omissioni, dichiarazioni non esatte o confuse, la cui importanza spetta al giudice valutare. Se mai potesse immaginarsi che non si possano aver testimoni dove si ha un notaio od un usciere, accertando l'operatore ufficiale che non fu possibile trovarne, l'atto non dovrebbe dichiararsi nullo. E così dicasi nel men difficile caso che non consti dell'assistenza, *ossia della presenza continua* dei testimoni a tutta l'operazione, purchè siano stati presenti alla parte che più rileva, cioè alla intimazione di pagare e alla risposta del trattario. L'atto così detto di *perquisizione* è la giustificazione di un protesto lanciato nel vuoto che non può scusarsi che colla buona fede: la perspicuità, la sufficienza della narrazione, è un giudizio di fatto. Così l'omettere qualche parte della scrittura cambiaria, la qualità di talune persone; commettere certi errori riconoscibili, o riparati in altra parte dell'atto, e non decisivi per lo scopo, sono apprezzamenti del giudice (2).

Fin qui è ragionevole; ma respingo con tutte le forze la strana e pericolosa teoria del Bédarride (3). Non è vero che il tribunale abbia un potere *assoluto, sens'altri limiti che la propria coscienza* al pari di un giurato. Una parte onninamente sottratta al suo *sovrano* giudizio è quella che riguarda le forme essenziali dell'atto, e davvero i suoi deviamenti sarebbero colpiti dalla censura della Corte suprema. Oggetto di apprezzamento potrebbero essere certe irregolarità che cadono in parti secondarie e accidentali quando l'annullamento dell'atto si facesse dipendere dal danno che la irregolarità ha prodotto.

Articolo 261.

Nessun atto per parte del possessore della lettera di cambio può supplire all'atto di protesto, eccettuato il caso espresso negli articoli 235 e seguenti relativi alla perdita della lettera di cambio.

La clausola apposta dal traente nella cambiale — *senza spesa e senza protesto* — od altra che dispensi dal protesto, esclude la qualità di lettera di cambio, e la converte in un assegno o mandato di pagamento che ha gli effetti di una semplice obbligazione.

---

(1) « Au conseil d'Etat, dice a questo proposito « Nouguier, il fût reconnu *que des distinctions étaient* « *nécessaires;* que dans certaines cas la nullité « pourrait être prononcée, et que dans autres le « protêt pourrait être maintenu » (num. 755).

(2) La Corte di Bordeaux nel 5 gennaio 1840 decise che *la omissione dei motivi di rifiuto* annulla *il protesto;* e non poter essere compensata dalla enunciazione fattane nella copia (*Journal du Palais*, p. II, pag. 408).

Non avendo l'usciere fatto risultare dall'atto di protesto la firma del trattario da lui medesimo offerta, la Corte di cassazione francese giudicò non esser caso di nullità. Vedi Nouguier, num. 759; Goujet et Merger, num. 232; Locré, all'art. 174; Dalloz, *Effets de commerce*, num. 767.

(3) Chi volesse vederla in una luce più favorevole, ecco un altro passo: « En résultat, la nullité « du protêt est bien plutot *une question de fait* « *qu'une question de droit.* La latitude des tribu- « naux est absolue, *et ne reconnait d'autre limite* « *que la conscience du juge.* De là cette conséquence « que sa décision, quelle qu'elle soit, peut bien « constituer un mal jugé que le second degré de « juridiction peut réformer, *mais elle ne saurait* « *encourir le reproche de violation ou de fausse ap-* « *plication de la loi.* Elle échapperait donc forcement à la censure de la Cassation ».

Digitized by Google

La stessa clausola apposta dai giranti è nulla, e si ha come non scritta.

890. *L'atto di protesto è insurrogabile; si può rinunciarvi; ma il titolo cambiario muta natura e diventa semplice obbligazione.*

---

890. L'atto di protesto non ha equipollenti; niun compenso è possibile a questa, per così dire, torreggiante solennità del meccanismo cambiario (1). Ma è permesso il rinunciarvi. Almeno si è così lungamente creduto dai giuristi; ma il nostro articolo 261, calcato sull'articolo 189 del fu Codice albertino, ci pone in pensiero, e domanda schiarimenti.

La legge ha avuto in mira di guarentire in un modo ineccezionabile l'interesse dei rilevatari; ma in certe circostanze essi ritengono che il protesto non valga un benefizio, e si converta piuttosto in incomodo, in danno, o per lo meno diventi una formalità inutile, essendo già preveduto; o se non è preveduto, si ha confidenza nella lealtà e puntualità del creditore. Il quale non dovrà far altro che presentarsi, ricercare il pagamento, e del rifiuto dare avviso a chi spetta per essere rimborsato del credito e degl'interessi (2). La clausola dunque — *ritorno senza spese* — *senza spese e senza protesto* — e simili, equivale alla dispensa dal protesto, se non vogliasi dire piuttosto un ordine dato al possessore di non fare il protesto; convenzione che per consenso generale della dottrina e giurisprudenza francese è libera alle parti, e deve avere tutto il suo effetto.

Senonchè applicando la mente alla natura dell'operazione cambiaria, si era venuto dubitando intorno alla facoltà che potesse concedersi *ai giranti* di alterare con una clausola introdotta nella loro convenzione parziale, una delle grandi basi del giudizio di regresso. E inoltre non si riconosceva in questo o in quello dei giranti il potere di modificare il titolo che non derivava da essi, aggiungendo o togliendo diritti al possessore del titolo medesimo.

Sono giuste considerazioni, malgrado qualche scrittore recente ne faccia sì poco conto da giungere a dire di non saper neppur comprender la difficoltà (NOUGUIER, num. 189). Che i giranti non possano cambiare la posizione acquisita ai loro cedenti rispettivi, questo è ben certo, si risponderà: ma non è lecito tampoco il discutere che un cedente non possa convenire col suo cessionario di limitare con certe condizioni l'esercizio del suo diritto.

Ma la maraviglia di qualche scrittore non tolse ai nostri legislatori di adottare l'opposto sistema, ed anzi di oltrepassare le previsioni della dottrina. La facoltà è stata accordata al solo traente, e sì duramente negata ai giranti, che per essi la clausola *è nulla e si ha come non scritta*. Qui noi osserviamo, che non si dubitò punto di attribuire un effetto legale alle dichiarazioni — *senza garanzia*, *senza obbligo* — emesse dai giranti (articolo 225), in forza delle quali essi sono liberati in qualunque evento da ogni responsabilità verso il loro cessionario. Ma è chiaro che codesta convenzione parziale stabilisce un rapporto che non influisce, a dir proprio, sulla esplicazione del titolo, ed altro è che il girante non sia tenuto a garanzia, ed altro che possa imporre al creditore di non fare il protesto o prenderne accordo con lui. La legge ha voluto elevarsi sopra codesti accordi particolari, abbracciando nella sua protezione tutti gli interessi che si condensano in una lettera di cambio. Il possessore potrà, se vuole, omettere il protesto: è pienamente libero, semprechè abbandoni ogni azione recursoria contro l'ordine dei giranti eziandio responsabili, e contro lo stesso traente che giustifichi la provvista. È in questo senso e a tali effetti che la legge fa del protesto un dovere al portatore, malgrado ogni remissione fattane dai giranti, sia pure da tutti, o da quel solo che esiste.

Al creatore della lettera si doveva concedere; egli poteva imprimer al titolo il carattere che gli piacesse; tutti i cessionari successivi n'ebbero piena cognizione, tutti si sottoposero alla stessa legge. Ma forsechè spogliato di questa prerogativa, il negozio cambiario conserva la sua natura? E non senza profonda considerazione il legislatore italiano ha detto di no. Non potendo più riscontrarvi le stesse guarentigie,

---

(1) È tradizione già antica. I nostri maggiori attribuivano al protesto la stessa importanza (MANSIUS, Consult. 128, num. 8; SCACCIA, § 7, gl. 1, 2, 5; CASAREGI, *Cambista istruito*, cap. VI, §§ 20 e 21).

(2) Una decisione della Corte suprema di Francia (1° dicembre 1841) non ammette neppure la obbligazione *di dare l'avviso*; ma non ha avuto seguito.

Digitized by Google

il legislatore non vi ha accordata la stessa efficacia, che si limita a quella *di una semplice obbligazione*. La lettera di cambio è ridotta alle proporzioni *di un assegno o mandato di pagamento*. Tutti i requisiti, tutti gli effetti cambiari, si dileguano. Il traente non è che l'*assegnante*, il quale a risposta della somma che riceve da un terzo, ordina ad altra persona di rimborsargli la stessa somma. Che questa abiti in altro luogo, è circostanza che diviene indifferente; se il mandatario non corrisponde all'ordine, il mandante n'è il responsabile, *e il solo responsabile*. I cedenti non sono tenuti in nulla fuorchè della *realtà* del credito precisamente colle norme della cessione civile (1).

Articolo 262.

I notai e gli uscieri sono tenuti, sotto pena di destituzione, delle spese e dei danni verso le parti, di dare copia del protesto ai richiedenti, e di registrare i protesti per intero, giorno per giorno e per ordine di date, in un registro particolare numerato, firmato e tenuto nelle forme stabilite pei repertori.

891. *Dello spirito di questa disposizione.*

---

891. La eccessiva severità di questa disposizione è scusata dalla gravità dell'oggetto. Si vuole che il *registro dei protesti* sia il libro aperto ai commercianti che hanno interesse di venire scandagliando la posizione economica dei loro confratelli già sullo sdrucciolo del fallimento. Trattandosi di commercianti esteri e poco conosciuti, si consulta volontieri il registro dei protesti, questa *fede di specchietto*, certificato irrefragabile della puntualità del commerciante, in quelle piazze almeno del regno in cui si crede avere maggiori rapporti. SCHIERÉ, indicando le rigorose precauzioni adottate in alcune legislazioni del suo tempo: « *Il serait à désirer*, soggiungeva, « que dans la législation commerciale on imitât généralement des pareilles mésures, afin « que, *là surtout où ne règne pas d'esprit de corps dans le commerce*, le négociant pût « mieux juger de la situation de la place où « il est établi, et échapper aux desastres provoqués par la chûte d'une seule maison, dont « la faillite compromet souvent le commerce « entier d'une place et ruine pour longtemps « son crédit » (2). Secondo l'autore, non eravi al suo tempo abbastanza spirito d'unione fra i commercianti perchè fossero a sperarsi informazioni precise dagli uomini della stessa professione. La prudenza e la riservatezza è la dote dei commercianti, e non sarebbe lo *spirito di corpo* che favorirebbe di più questa specie di mormorazione reciproca. Intanto si faccia lode al legislatore di tutti quei mezzi ch'egli mantiene aperti alla cognizione del vero. Così al pubblico ed ai singoli è impartito il diritto di chieder copia dei protesti (3) senza che abbiasi a giustificar l'interesse.

Altro scopo non meno importante è la conservazione di codesti atti i cui originali, consegnati alle parti, sono soggetti a mille vi-

---

(1) In Francia, per decreto del 23-28 marzo 1848, si è abrogata la formalità *dell'assistenza di due testimoni*. — Così pure aveva dichiarato nell'art. 87 la legge di cambio austriaca, seguendo il Codice prussiano. Secondo quella legge il protesto è fatto *da un notaio o da un impiegato del tribunale* (articolo 87), che sono tenuti a trascriver gli atti di protesto giorno per giorno e in ordine di data, ecc. (articolo 90). In Inghilterra il portatore di una lettera di cambio deve esigerne il pagamento l'ultimo giorno di grazia. Non pochi giorni di feste religiose o di preghiere, sono eccettuati. Se l'accettante è in commercio, la presentazione ha luogo al suo banco: ore fissate. Il protesto per rifiuto d'accettazione o di pagamento deve esser *eodem statu*, formarsi senza intervallo, e nello stesso luogo (Stat. 1 e 2 di Giorgio IV, chap. 78, THOMSON, pag. 473, 483, 484). Si può vedere questo autore per gli usi alquanto diversi di Scozia e Irlanda. In generale le pratiche sono molto più complicate delle francesi. Regolamento di cambio del 16 aprile 1681. Il protesto deve levarsi nelle 24 ore; altrimenti la lettera di cambio rimane senza valore. Poco diverse sono le disposizioni del Codice spagnuolo, la legge di Francoforte ed altre, essendo l'atto di protesto generalmente comandato e negli stessi termini o più rigorosi.

(2) Chap XVI, § 99.

(3) Il testo francese ha *de laisser copie exacte des protêts*, onde il dubbio se fosse obbligo *di lasciar copia al domicilio* del debitore o della cambiale (BÉDARRIDE, num. 374); io però credo che il concetto del testo francese non fosse diverso del nostro. Ora è spiegato assai meglio.

Digitized by Google

cende. La data giornaliera è la garanzia della regolarità dei repertori. La pena è fierissima, e spiace di veder confuse fra loro colpe molto dissimili (1). La registrazione di un gran numero di protesti non è sempre possibile nello stesso giorno. Quanto maggior colpa quella della assoluta inosservanza! Non si è mai ritenuto necessario di colpire *colla destituzione* un notaio che non rilascia copia dei suoi atti per cui ha diritto ad una retribuzione. Io sono fra quelli che stimano doversi rispettare la suscettibilità delle nobili professioni, che hanno per suprema garanzia l'onore; ma noi abbiamo sparse anche nel Codice di procedura civile tali pene odiose e meschine a un tempo che hanno disgustato senza profitto.

SEZIONE XIII.

Del ricambio.

Articolo 263.

Il ricambio si opera per mezzo di rivalsa.

Articolo 264.

La rivalsa è una nuova lettera di cambio, per mezzo della quale il possessore si rimborsa sul traente o sopra uno dei giranti, del capitale della lettera protestata, delle spese fatte e del nuovo cambio che paga.

Articolo 265.

Il ricambio si regola rispetto al traente col corso del cambio del luogo, in cui la lettera era pagabile, sopra il luogo da cui è stata tratta.

Si regola rispetto ai giranti col corso del cambio del luogo, in cui la lettera è stata ceduta o negoziata da essi, sopra il luogo in cui si opera il rimborso.

892. *Carattere e scopo della rivalsa.*
893. *Il possessore della lettera di cambio protestata usa insieme alla rivalsa le sue azioni recursorie ed altre cautele suggeritegli dal suo proprio interesse.*
894. *Se il girante che ha rimborsata la rivalsa, possa a sua volta farsi indennizzare per lo stesso mezzo dal cedente, e così di girante in girante.*
895. *L'accettazione della nuova lettera di cambio non implica novazione.*
896. *Sistema di un solo ricambio. Se corrisponda alla giustizia intrinseca del contratto cambiario. Esposizione e confutazione della dottrina di* FRÉMÉRY *che così sostiene.*
897. *Delle varie interpertazioni prodotte dalla equivoca locuzione da noi pure adoperata rispetto ai termini onde si misura il ricambio nel caso di rivalsa verso taluno dei giranti.*
898. *Critica dei sistemi, e conclusione che si reputa preferibile.*
899. *Limitazioni che in alcune ipotesi si presentano alla regola dell'ultimo ricambio.*

892. Protestata la cambiale, che vie sono aperte alla indennità del creditore: promuovere giudizio contro i rilevatari; o fare l'operazione detta del *ricambio?* In che consista, al

(1) Mentre il notaio e l'usciere che non si prestano in alcun modo sono puniti assai meno (art. 250).

Digitized by Google

dichiara nell'articolo 264. La legge, e prima di essa la consuetudine antichissima del commercio (1) venne in soccorso del creditore che può soffrire i più gravi disappunti, imperocchè aveva contato su quella riscossione per soddisfare altri suoi impegni. Il creditore adunque va da un banchiere della piazza ove la cambiale doveva pagarsi, e si fa sborsare una somma equivalente, creando egli stesso una lettera di cambio a vista sopra taluno de' suoi rilevatari. Questa nuova lettera contiene *la somma della precedente, le spese e il prezzo del cambio* che si è dovuto pagare per ottenerla (articolo 264). Quindi le diverse accettazioni della parola *Ricambio*. Ora è la stessa operazione descritta in questa sezione, formante il nuovo cambio, contratto indipendente nei rapporti del traente e del compratore (2); e *modo di esecuzione*, rispetto ai rilevatari che in tesi astratta avrebbero dovuto esser lì, sul luogo, pronti al rimborso. Ed ora il ricambio si considera semplicemente *il prezzo del nuovo cambio*. In questo senso è preso il vocabolo nei seguenti articoli 265, 270 e 271. La *rivalsa* finalmente è *il mezzo* adoperato per realizzare l'importo della rifiutata; che la legge (non so se con espressione esattissima) identifica colla stessa nuova lettera di cambio (3).

È quindi in siffatta materia canone elementare, che la rivalsa non si esercita mai se non *dopo la scadenza e dopo il protesto* per mancanza di pagamento (4).

893. Riscontrando i monumenti dell'anteriore giurisprudenza e le legislazioni commerciali alquanto arretrate, si ha ragione di credere che l'esercizio della rivalsa si dirigesse sul traente anzi che sui giranti (5). Ora è indubitato che il creditore può trarre a sua scelta sul traente o sopra uno dei giranti, seguendo il proprio vantaggio. Fu certamente per non complicare di più la situazione che si è di lunga mano stabilito, che il creditore non può ferire colla rivalsa che uno dei suoi rilevatari; laonde, quantunque l'azione di regresso sia o individuale e collettiva, come piaccia al creditore, *la rivalsa* è sempre individuale (6).

Senonchè il possessore della lettera di cambio può cumulare i rimedi, e deve anzi farlo per non pregiudicarsi; imperocchè l'avere accattato un rimborso da un commerciante che si è prestato a dargli mano nella sciagurata contingenza, non lo tranquillizza e non lo mette fuori del pericolo della restituzione. Difatti egli fa un vero contratto cambiario, nuovo, indipendente dal primo; egli si costituisce in posizione vera di traente verso il compratore della tratta, e destina un trattario che può anche fallirgli, mentr'egli da protestante divenuto protestato, dovrà fra pochi giorni restituire la somma con maggior danno e disturbo de' suoi affari. Il compratore può anche valersi della facoltà di girar la cambiale, e pesando così sopra il traente della nuova lettera ulteriori responsabilità ed obbligazioni, egli può trovarsi realmente impaniato e sconcertato più di prima. È forse per questo che i ricambi non sono d'uso frequentissimo, e celano veramente troppi pericoli.

Scegliendo poi questo mezzo, il creditore non deve trascurare di batter colle azioni recursorie i suoi rilevatari: suggerimento che viene dato da tutti gli autori. Perciocchè è sentenza comune che, non facendo in tempo debito le notificazioni del protesto e le citazioni, egli decade, come di regola, da ogni azione di regresso; ed è probabile che quello dei suoi garanti che ha onorato del nome di trattario nella sua nuova operazione cambiaria, non si affretterà di corrispondere all'onesto invito, se potrà sperare che vada intanto sfuggendo il tempo utile per lo esercizio del re-

(1) Non se ne ha memoria.

(2) Di che sarà discorso più avanti.

(3) Modello comune.

Genova, 20 giugno 1869.

Buono per L. 3588.

A vista (o tanti giorni vista) *pagate per questa sola di cambio al signor Audisio di Torino, o a suo ordine, la somma di* di L. 3588 (in lettere), *valuta avuta in una tratta vostra su L. Davio di Torino, non pagata a scadenza, annesso il conto di ritorno, con altri atti che vi saranno consegnati col saldo della presente.*

Al sig. Francesco Sartori — Luigi Marsi
Livorno.

(4) Al difetto di accettazione si provvede invece coi rimedi indicati nell'articolo 207.

(5) Pothier, *De change*, ch. iv, art. 3, §§ 63, 68; Dupuy, chap. xv, § 3; Ordinanza di cambio di Augusta, § 8; di Breslavia, del 28 novembre 1772, § 14; di Danzica, dell'8 marzo 1701, § 28, ecc. Le leggi e costituzioni di Sardegna del 1770, lib. ii, tit. xvi, capo iii, §§ 23, 24, 25, parlano espressamente dei giranti.

(6) Pardessus, num. 433. Dageville, discorrendo dell'articolo 182 (nostro 268) deduce dirittamente questa unicità dal non potersi fare che un solo conto di ritorno ove però la locuzione della legge non fosse abbastanza esplicita.

Digitized by Google

gresso (1). Queste azioni rimarranno estinte tostochè il trattario abbia soddisfatta la rivalsa (2).

I documenti che convien rimettere colla cambiale, cui si accenna nella formola (Vedi nota sopra), sono il protesto e il conto di ritorno, di cui parleremo in seguito (V. art. 267).

È un dovere del nuovo traente di combinare la scadenza in modo da non logorare il tempo necessario al girante designato al pagamento, il quale possa di conseguenza esercitare le azioni di cui viene rivestito quasi suo proprio successore. Ed io sono di fermo avviso, che aspettando l'ultimo scorcio dei quindici giorni, il designato trattario potrebbe respingere l'indirizzo, e rinviare il creditore a valersi delle sue azioni in giudizio.

894. Il girante che ha rimborsata la rivalsa, e così è subentrato nella posizione di diritto del creditore principale, può a sua volta farsi indennizzare per via di rivalsa, creare una nuova lettera di cambio, e ricominciare lo stesso giro verso taluno de' suoi cedenti, o verso il primo traente?

Gli scrittori sono tutti d'accordo. L'articolo 178 (264) « *ne donne le droit de tirer la* « *retraite qu'au porteur*, mais cette qualification ne saurait être accepté dans un sens « exclusif. La loi ne l'a employée que parce« que il s'agissait de designer le possesseur de « la lettre de change au moment de l'échéance « et du protêt » (BÉDARRIDE, num. 582). Anche DELVINCOURT professa questa opinione (3). Io non intendo sollevare una opposizione in forma ma solo di proporre qualche dubbio. Il primo dubbio nasce dalle parole della legge. L'articolo 264 nominando *il possessore*, certo non ebbe in vista che il possessore ultimo, il presentatore della lettera di cambio, lasciato in asciutto dal trattario, e redattore del protesto. Non è una induzione necessaria che la facoltà *di creare una rivalsa* trapassi *de jure* nel girante che l'ha rimborsata: la facoltà cioè di creare una seconda rivalsa per conto proprio. Il girante non ha fatto che adempiere ad una obbligazione; e la rivalsa é troppo una prerogativa del creditore cambiario perchè le stesse ragioni militino a favore di un girante che *coactus* paga il debito. Il creditore facendo assegnamento sulla somma che gli si dovea pagare per una colpa che riverbera sui suoi autori, si trovò in una condizione alla quale la legge volera prestare soccorso. Il girante non si trova in una condizione simile. Se accordiamo ad un girante la facoltà della rivalsa, l'accordiamo a tutti; onde potremo vedere di mano in mano aumentarsi le rivalse e farsi una complicazione da non credersi, aggravando il traente di un cumulo enorme. Convengo però che queste osservazioni non potrebbero valere che per un diritto da costituirsi, essendo oggidì generalmente acconsentita tale facoltà ai giranti (4).

895. L'accettazione della nuova lettera di cambio (a più giorni vista) implica forse una novazione? Se così fosse, il gruppo delle obbligazioni subalterne si solverebbe a un tratto, come se la cambiale fosse già effettivamente rimborsata: l'accettazione sarebbe pagamento.

Io non posso concedere questo straordinario effetto all'accettazione. Dico straordinario, perchè in realtà non si è mai attribuito all'accettazione tanto valore. Se l'accettazione aggiunge un nuovo debitore, non sostituisce però un debitore all'altro come nella delegazione; non esonera gli altri obbligati finchè non segua pagamento reale; ed è ovvio in diritto cambiario. Questo nuovo cambio, lo abbiamo già detto, non ha dei caratteri speciali, ed è regolato dai principii comuni. Se l'accettazione innovasse il credito, produrrebbe lo stesso effetto verso il possessore della nuova lettera di cambio: il che non può sostenersi (5).

—

(1) Anche questa dottrina è fuori di contesa. — Vedi PARDESSUS, num. 439; NOUGUIER, num. 803; BÉDARRIDE, num. 581. LOCRÉ aveva stabilito questa dottrina illustrando gli articoli 163 e 168.

(2) Suolsi restringere la scadenza della rivalsa al giro di pochi giorni per veder l'esito, e non aggravare le operazioni e le spese, restando ancora tempo per notificare il protesto e le citazioni.

(3) « Lorsque le porteur a été remboursé à l'a« miable par son endosseur, ce dernier peut il faire « un compte de retour *et une retraite* soit sur un « de ses endosseurs précédents, soit sur le tireur? « Je n'y vois aucune difficulté: l'endosseur qui a « payé, est subrogé à tous les droits du porteur; « il *peut donc faire la retraite et le compte de retour* « *comme le porteur l'aurait pû faire*, etc. » (*Istitut. de droit commercial*, liv. I, tit. VII, ch. V, sect. I).

(4) Vedi num. 896, 897. Una sentenza della Corte di Brescia, estesa da quel dotto e infaticabile uomo che è il cons. BIAGI (*Monitore dei tribunali*, 1869, pag. 118) insegna *non essere ammissibile rivalsa a favore del traente contro l'accettante*, alla quale non deve attribuirsi altro valore che di girata irregolare, come fatta dopo la scadenza.

(5) SCACCIA, *De comm. et camb.*, § 1, quest. 4, num. 39, et quest. 7, part. 2, ampl. 8, n. 255 e 261. Rota genuens. de mercat., decis. 143.

Digitize

898. La nuova operazione genera *il ricambio*, atteso la differenza del corso monetario di piazza in piazza, ed è questo che le precedenti leggi si proposero di moderare assegnando una certa regola al movimento cambiario.

L'Ordinanza del 1673 (articolo 5, tit. VI) faceva meglio sentire, testimonio Locré, la ragione del disporre. « La lettre de change étant « protestée, le rechange ne sera dû par celui « qui l'aura tirée, *que par le lieu où la rémise « aura été faite, et non par les autres lieux « où elle aura été négociée*, sauf à se pourvoir, « par le porteur contre les endosseurs, pour « le payement de rechange, des lieux où elle « aura été négociée suivant leur ordre » (1).

Uno dei relatori presso il Consiglio di Stato, svolgendo i motivi di tal progetto in un notevole passaggio, che traduciamo quasi alla lettera, osservava: — A rigore può sembrare che avendo il traente abbandonato alla circolazione un effetto commerciale all'ordine, abbia voluto dare una facoltà illimitata di negoziarlo dovunque; quindi la moltiplicita dei ricambi derivando dall'essersi mancato all'obbligo di fare i fondi a scadenza, esser ragionevole che lo stesso traente sopporti il peso *di tutti i ricambi accumulati*. — Ben considerando, aggiungeva, questo non è che giustizia, ma giustizia eccessivamente rigorosa: ed avendo dal canto suo ogni girante approfittato a proprio comodo della facoltà di trafficare in qualunque luogo gli è meglio piaciuto, si è preferito il consiglio della moderazione e della equità, adottato del resto negli usi generali del commercio dei popoli civili (2).

Prevedendo quanta rovina potrebbe ricadere sul traente originario, il Codice francese venne riparandovi col limitare la estensione dei ricambi. Vincens osservò che se il girante fa una nuova *retraite* (rivalsa) sul suo cedente per ricuperare i suoi disborsi, dovrà fare un nuovo ricambio; quindi, rimontando l'uno all'altro i giranti, si formerebbe un cumulo composto dei valori corrispondenti alle varie piazze ove la cambiale fu negoziata, e tutto il complesso verrebbe a ricadere sul traente. Anche Vincens riconosce che infine ci sarebbe della giustizia in tutto questo, ma il Codice ne ha moderate le conseguenze.

Frémery (3) trova ritemprato il rimedio della rivalsa nel principio che ognuno deve risarcire il danno di cui è stato causa. La nuova lettera di cambio è un mezzo a procurare tale indennità (4). Quell'autore, che se ne intendeva, assicura che l'usanza è molto antica; e finchè non si praticava di trasferire le lettere di cambio mediante girata, la cosa, egli dice, era delle più semplici. Dopo quel tempo sorse una difficoltà, che non è ancora del tutto risolta. — Quale dev'essere, occorrendo il rimborso, e per effetto dei ricambi successivi, la mole delle responsabilità del traente e di ciascun girante? — Forsechè il traente, stilando la sua cambiale *all'ordine* del prenditore, e ciascun girante trasmettendola all'ordine del suo cessionario, hanno *tacitamente acconsentito* che la lettera di cambio sia indefinitamente negoziata di luogo in luogo; per conseguenza, essendo questa una condizione del contratto, e traente e giranti hanno a risponder di tutte le spese e di tutti gli elementi rispettivi di rimborso atteso la inesecuzione del contratto principale? (5).

L'autore non ammette l'obbligo tacito o implicito che si volle riconoscere nel traente o nei giranti. Ogni proprietario di un titolo può cedere questo titolo, altrimenti non avrebbe che una proprietà imperfetta. Il girante lo cede per semplice girata, essendochè il titolo è *all'ordine*: tal è la sua natura; *la clausola all'ordine influisce sulla forma, non sul diritto*: « Ce n'est pas cette clause qui renferme « la faculté de disposer de la lettre de change, « *faculté inhérente à la propriété qui en est « acquise* » (6). Laonde nè il traente creando

(1) Locré, *Législation civile, commerc. et crimin.*, tom. XI, pag. 312.

(2) Bégouen nella esposizione dei motivi sul titolo della lettera di cambio (Locré, supra).

Questo dotto giureconsulto credeva ingenuamente che il Codice di commercio non avesse fatto altro che consacrare i principii della Ordinanza, ma Vincens (lib. VIII, chap. VII, num. 44) e Dalloz (*Effets de commerce*, sect. XI, num. 12) mostrarono che lungi da quello della Ordinanza del 1673 fu il sistema del Codice, ispirato in sostanza da idee più moderate.

(3) *Etudes de droit commercial*, chap. XXV.

(4) Tanto più consono quanto più attivo ed efficace a subito compenso.

(5) L'autore annota che questo sistema fu lungamente mantenuto in Ispagna, e mentre si facevano le discussioni sul progetto del Codice di commercio, alcune città commerciali della Francia ne reclamavano l'adozione.

(6) Non sarà accordato facilmente che la causa della trasmissibilità istantanea, e quindi della sua attitudine circolativa, non sia in questa medesima clausola *all'ordine*: che è leva potente della commercialità cambiaria.

il titolo, nè il girante, *hanno attribuito al portatore o al cessionario qualche cosa di speciale e ch'essi potrebbero ritenere* (1), il diritto di negoziare la lettera. È un diritto virtualmente compreso nella stessa proprietà.

Pertanto, non acquistando il cessionario altro diritto che quello di cedere a sua volta il credito cambiario, egli con questo suo fatto volontario non può render deteriore la condizione del traente, nè i giranti denno farsi mutuo ingombro: ognuno agisce per sè e per conto proprio. Così quel tale al cui ordine è tratta la lettera di cambio, e intende caricare della nuova lettera il traente, non fa che crearla a Genova, ove doveva pagarsi, su Firenze ove dimora il traente. Se invece preferisce il cedente *A.*, che datò la gira da Ancona, spedisce la lettera da Genova ad Ancona; e il ricambio si misura sempre fra quei due termini. Per quanto si moltiplichino le rivalse, il traente non dovrà altro ricambio che verso quello dei giratari che ha operata la rivalsa a carico suo; nè mai sarà tenuto ai ricambi intermedi che ogni cedente deve al suo cessionario per avere esercitato un diritto a tutto suo comodo e rischio (2).

Questo parmi il sistema di Frémery, che rivendica alla legge non solo il pregio della semplicità e della moderazione, ma quello eziandio della giustizia.

Invece non essendo ancora formulato il diritto, in un'èra anteriore ai Codici, si poneva il principio di giustizia nell'opposto, per quanto gravi si ravvisassero le conseguenze. L'unico autore, unico e vero di tutto il danno, dicevasi, chi è mai se non il traente? Egli non ha adempita l'obbligazione che si era assunta verso il prenditore della lettera di cambio di fargli pagare l'importare della medesima nel luogo indicato. Tale obbligazione non dividevano con lui i giranti che riposavano nella fede del traente. Egli, l'autore dell'effetto commerciale, avrebbe sciolto tutti i nodi, evitata ogni complicazione, qualora fosse stato osservante della sua promessa (3).

Un solo caso si eccettuava: se il possessore giratario del traente si fosse rivolto ad altra piazza piuttostochè a quella ove abita il traente, e così senza ragione avesse prodotta una spesa maggiore (4).

Nel mio modo di vedere, che è quello del legislatore odierno, egli è totalmente vero che il traente presta cagione alle dannose conseguenze che succedono. Ammesso che i giratari subalterni siano in diritto di esercitare singolarmente la loro rivalsa sul cedente rispettivo, non veggo come il traente potrebbe schivarne di ragione il peso. Si dice ch'esso ha ceduta la proprietà (verso un conveniente corrispettivo, ci s'intende), alla quale proprietà è inerente la facoltà di disporre del credito; la clausola *all'ordine* significare bensì che la cessione potrà farsi nella speditissima forma commerciale, ma il traente non s'incarica nè ha che fare colle negoziazioni che seguono, le quali sono volontarie, a comodo dei giranti, e non riguardano che l'esercizio del diritto.

Nel quale ragionamento mi sembra celarsi un equivoco. Se il traente si fosse esonerato da ogni responsabilità rilasciando la tratta al prenditore, comprendo che le negoziazioni successive gli sarebbero estranee. Ma il traente è sempre là col suo fardello sulle spalle, che può crescergli di mano in mano, anche ad altri effetti che giova mettere in vista. Figurate che dieci giranti vengano dopo di lui, e l'undecima figura, che è l'ultimo giratario, ributtato nel giorno del pagamento, si scarichi sopra il suo cedente diretto, e così ogni giratario sul proprio autore, i quali tutti reagendo si versano in massa sul traente. Forsechè il traente non pagherà tutte le spese di codesti giudizi, i danni e gl'interessi se ce ne sono? Ma vedete bene che è la stessa ragione. I ricambi che si è costretti a subire, sono *danni* che si devono sopportare per colpa del traente, che doveva esser pronto a sopperire alla mancanza del trattario con uno di quei tanti mezzi che la legge di commercio mette a disposizione di coloro che vogliono evitare l'onta di un protesto, e soddisfare esattamente ai loro impegni (Vedi num. 899).

897. L'articolo 179 del Codice di commercio francese (da noi fedelmente ricopiato nel nostro 265), abbastanza chiaro nel suo primo periodo, produsse interpretazioni diverse in

(1) Anche qui, secondo noi, Frémery è in errore: poichè si può fare una girata sopprimendo la clausola all'ordine, o aggiungendo *senza garanzia*, come si è visto in altro luogo.

(2) Ciò può esser vero; ma forse in virtù di questo ragionamento o per effetto di disposizioni positive?

(3) Baldasseroni, *Leggi e costumi del cambio*, part. II, art. 15; Decisioni fiorentine del 31 maggio 1685; Tesoro ambrosiano, vol. IV, num. 15, e del 13 settembre 1715, vol. VIII, num. 28.

(4) *Quilibet debet esse intentus ut non noceat sed prosit aliis*, aurea massima di diritto naturale — (Glossa alla Leg. 1, § *Commodius*, Dig. de peric. et comm. rei vend.

ordine al secondo; e noi ci troviamo in presenza delle medesime difficoltà.

Rispetto al traente, il ricambio si regola col corso del cambio *del luogo in cui la lettera era pagabile, sopra il luogo da cui è stata tratta.* Ciò s'intende facilmente (1). *Rispetto ai giranti*, si è detto, il ricambio si regola col corso del cambio *del luogo in cui la lettera è stata ceduta o negoziata da essi sopra il luogo in cui si opera il rimborso* (2): e qui cominciano i dubbi e le opinioni si dividono.

Secondo un sistema di Delvincourt, il cambio si regola in relazione al luogo in cui la lettera *doveva essere pagata* su quello in cui è stata negoziata (3). La frase *où le remboursement s'effectue significa* il luogo ove *doveva esser fatto il pagamento:* il luogo cioè del protesto. Il *rimborso è operato* mediante la emissione del nuovo titolo cambiario alla quale il creditore è autorizzato. La rivalsa, ossia la nuova lettera di cambio, parte sempre dal luogo destinato al pagamento, da quello cioè del protesto. Tali sono le idee elementari di questo sistema (4).

Fingasi il caso. *A.* trae da Ancona una lettera di cambio pagabile a Bologna a favore di *B.* di Milano. Questi dalla sua città (5) gira la cambiale a *C.*, che da Livorno la gira a *D.*, il quale finalmente da Perugia la trasmette ad *E.*, ultimo possessore. Quindi *E.*, dopo aver protestato valendosi sopra *D.*, suo cedente immediato, reclama il cambio che corre fra Bologna (luogo del pagamento) e Perugia. Se invece si vale contro *C.*, il cambio è valutato da Bologna su Livorno; e così dicasi degli altri casi.

Viene un secondo sistema (6), e, ragionando esso pure dei diritti del presentatore (7), fa partire il corso del cambio dal luogo *ove la lettera è stata negoziata*, ma suppone che il pagamento della rivalsa debba eseguirsi in un luogo diverso, cioè al domicilio del girante, che appunto suppone trovarsi in altro luogo. Ecco l'esempio. *A.* trasse la cambiale da Ancona su Bologna all'ordine di *B.* Questi da Milano ne fece cessione a *C.* di Genova. *C.*, stando a Modena, ne fece girata a *D.*, residente a Padova. Questi da Ferrara girò la cambiale ad *E.*, ultimo possessore e presentatore. Dopo il protesto, *E.* si rivale contro *D.* Qual è il corso del cambio? Il corso del cambio si computa da Ferrara, ove fu negoziata da *D.* la lettera sopra Padova *ove risiede lo stesso D. che deve rimborsarla*. Se invece *E.* si valesse contro *C.*, che girò la cambiale a Modena, il corso del cambio si regola da questa città su Genova, luogo del domicilio di *C.*, ove dovrà rimborsare la tratta.

Un terzo sistema che appartiene a Bravard (pag. 274 e seg.) (8), propone che il luogo ove la lettera è stata negoziata da ciascun girante è quello che risulta dalla data del giro, e il luogo ove il rimborso si effettua è quello *ove il conto di ritorno viene rimborsato*. Il corso del cambio non si regola sempre ad un modo. Se il corso del cambio *dal luogo del pagamento* (ove fu fatto il protesto) a quello ove fu diretta la rivalsa (9) è meno elevato che il corso del cambio dal luogo del pagamento *a quello ove la lettera è stata tratta*, il presentatore si rifonderà di quel corso che è il meno elevato. E così nel caso inverso, percepirà sempre il *cambio più debole*.

Rogron, con un quarto sistema, osserva che « Riguardo a ciascun girante, il ricambio « si regola secondo il corso del luogo *ove la*

(1) Una lettera di cambio è stata tratta da Firenze su Milano, e negoziata successivamente a Bologna, ad Ancona, a Livorno. Il portatore, dopo il protesto fatto a Milano (luogo del pagamento), carica la nuova lettera al traente di Firenze, ed è indennizzato del cambio che corre sfavorevole da Milano a Firenze.

(2) Portiamo anche il testo francese: « Il se regle « (le rechange) à l'égard des endosseurs par le cours « de change où la lettre a été remise, ou négociée « par eux sur le lieu où le remboursement s'effectue ».

(3) Delvincourt, tom. I, pag. 108 e seg., tom. II, nota 2, pag. 107. Ecco le sue parole: « Lorsque la « retraite est faite sur l'un des endosseurs, le re- « change se regle par le cours *du lieu où la lettre « devait être payée sur le lieu où elle a été remise « ou négociée par l'endosseur* sur lequel s'effectue « le rechange ».

(4) Articolo 33 della Legge di cambio austriaca: « Chi esercita il regresso può, per l'importare del suo credito, trarre una rivalsa sopra il garante ».

L'articolo 50 enunciando gli elementi *del conto*, quanto al ricambio, dice: « Se colui contro il quale si esercita il regresso *risiede in luogo diverso* da quello del pagamento, gl'importi suddetti devono pagarsi secondo il corso che ha una lettera di cambio tratta a vista *dal luogo del pagamento del domicilio del garante* ».

(5) Il luogo della girata lo riteniamo quello che vi è indicato.

(6) Vincens, tom. II, chap. VII, num. 10, Rivière, pag. 376.

(7) Vedremo più sotto che fra girante e girante un'altra regola deve tenersi.

(8) Spiegato poi da Rivière, pag. 877.

(9) Che secondo questo sistema è quello della girata.

« *cambiale è stata negoziata* sopra il luogo ove « si effettuò il rimborso, vale dire il luogo » *donde la rivalsa è tratta*, e si regola in ri- « guardo al traente, giusta il corso del luogo « ove la lettera di cambio era pagabile sopra « il luogo donde è stata tratta » (all'art. 179).

Ciò rispetto al possessore della lettera di cambio protestata. Che avviene rapporto ai giranti fra loro?

Primo sistema. Se il possessore *E.* si vale contro *D.* (Vedi l'esempio), questi deve pagare il corso da Bologna a Perugia ove ha girata la lettera, ma rivalendosi egli stesso contro *C.* non può farsi indennizzare di questo cambio, e non può esiger che quello che passa fra Perugia ove prende la sua rivalsa su Livorno, ove dovrà esser pagata, e così di mano in mano calcolando sempre il luogo ove si prende la rivalsa a quello donde è partita la girata precedente, o da ultimo donde la lettera è stata tratta.

Anche nel secondo sistema il girante è costretto di abbandonare il pagamento del cambio che ha dovuto fare al suo giratario, e il suo diritto consiste nel reclamare il corso del cambio dal luogo *ove questi ha fatta la sua gira*, sul luogo ove dovrà fare il rimborso, che è quello del suo domicilio.

Il terzo sistema regola fra girante e girante il ricambio in quel modo alternativo che ha ideato per lo stesso portatore; il medesimo ricambio che il portatore ha percetto *come il meno elevato*, sarà così riscosso da un girante verso l'altro.

E pel quarto ogni giratario subalterno regola il corso del cambio dal luogo ove la cambiale è stata negoziata su quello ove si effettua il rimborso, cioè il luogo onde la *rivalsa è stata tratta*.

898. Tanta confusione può generare un testo di legge che dovendo governare una posizione delicatissima si ravvolge in parole d'incerto significato, e fieramente interpretabili!

Per non ismarrire il senno, amico lettore, ci è d'uopo alzarsi senz'altro alla ragione per la quale è statuito il diritto del ricambio. Esso rappresenta un'indennità che il creditore cambiario può esigere dal suo debitore, una volta che non essendo soddisfatto, si procura il rimborso immediatamente sul luogo ove indarno ha ricercato il pagamento che gli era dovuto, mediante una nuova lettera di cambio.

Ed osservando che la perdita consiste sempre nel disequilibrio cambiario che passa *fra il luogo ove si prende la rivalsa e quello ove si dirige la nuova lettera*, e dove dovrà esser pagata, prendiamo per punto fisso di partenza quello del protesto rapporto al possessore; e quello del luogo ove si paga la rivalsa rapporto al girante che ne forma un'altra a carico del girante rispettivo.

Due regole distinte bisogna quindi stabilire in ordine al possessore della lettera e in ordine ai giranti.

Il possessore prende la rivalsa nel luogo del protesto; il girante la prende dal luogo ove ha negoziata la lettera; veramente il primo caso è stato obbliato dal redattore dell'articolo 265; ma il secondo è espresso, volendosi che il ricambio sia computato dal luogo ove *è stata ceduta e negoziata la lettera*, che per conseguenza è il luogo ove il creditore principale deve dirigere la sua rivalsa. In seguito ogni giratario invia la propria a carico del girante al luogo ove questi ha pure girata la prima lettera.

Come si spiega quindi quella frase, tanto equivoca, *sopra il luogo in cui si effettua il rimborso?*

Non può spiegarsi che in un modo solo, *dal luogo ove si prende la nuova rivalsa dal girante*, a quello in cui la rivalsa dovrà essere rimborsata. Se la cambiale fu girata da *A.* a Firenze, se *A.* prende la sua rivalsa a Firenze sopra *B.* suo girante che negoziò a sua volta la cambiale a Napoli, ove si dirige la nuova tratta, a Napoli *si effettua il rimborso;* questo almeno è lo scopo della rivalsa, ed altro non considera la legge.

A noi dunque sembrano giuste le idee esposte nel primo sistema.

Il secondo elimina il punto di partenza tanto evidente rapporto al creditore principale che ha levato il protesto. Introduce un luogo terzo non considerato dalla legge, quello *del domicilio*, e riduce la legge ad una superfetazione priva di senso. Se la rivalsa si dovesse dirigere al luogo del domicilio, e così riguardo ai giranti di domicilio in domicilio, era inutile che la legge prendesse in considerazione il luogo ove la lettera è stata *ceduta o negoziata*.

Il quarto sembra convenire nelle idee, per quanto dimostra l'esempio che ne dà il ROGRON, ma vi è almeno equivoco nelle parole; essendo sempre il primo momento quello ove si prende la rivalsa, e il secondo quello in cui la rivalsa è rimborsabile, e non viceversa (1).

899. Noi crediamo questa la via legale; nei

(1) Che PARDESSUS (n. 458) o NOUGUIER (n. 807 e 808) espongano chiaramente il loro pensiero, nol potrei dire; si travede che non diversifica dal nostro, ma il vero si è che non ne hanno fatta una

quali termini il girante non può dolersi del carico che gli viene aggiunto. Gli autori però hanno considerato che si avvera tal caso in cui, per necessità, bisogna prescindere da questa direzione.

Si è costretti a prender il ricambio sopra una piazza terza allorchè fra quella ove si levò il protesto, ove si prende la nuova lettera, e quella ove si è tratta o girata la prima cambiale, non è aperto commercio (1); o non si trovi banchiere cui faccia comodo tirare su quella piazza, e quindi il creditore, sotto l'impero di tale circostanza, non può esercitare il suo diritto se non in modo che tornerà a maggior dispendio del garante (2).

E pure in altri casi, proposti dalla esperienza del SAVARY (3), e che io accenno di volo, il traente dovrebbe sottostare a maggiori ricambi (4).

1° Quando vi ha qualche gira di mero comodo procuratasi dallo stesso traente, questo giratario a comodo, colpito della rivalsa, volgendosi al traente che gli ha rimessa la lettera nel proprio interesse, giustamente aggiunge nel suo conto di ritorno il ricambio che lo riguarda;

2° Quando il traente per soddisfare la lettera, e a titolo di provvista, manda al trattario altra cambiale esigibile su piazza terza; e questa non essendo stata pagata, ritorni protestata con rivalsa a carico del trattario medesimo che deve pagare il ricambio; egli ha diritto di farsi indennizzare dal traente anche questa spesa, e così caricarlo di amendue i ricambi;

3° Quando (secondo DUPUY, cap. XV, §§ 19 e 20) « il traente della lettera di cambio dà facoltà o al rimettente o al presentatore di disporne per una piazza diversa da quella ove è diretta, o per tutti quei luoghi che saranno stimati più a proposito. E in questo caso, col ritorno della lettera protestata, i vari ricambi sono accreditati giusta la facoltà concessa dal traente ».

Amerei che questa dottrina fosse espressa più chiaramente e formolata in principio. Direi adunque che *la regola di non moltiplicare i ricambi si limita qualora, ritenendo il traente qualità di mandante, le varie negoziazioni risultino operate nel di lui interesse.* La facoltà o permissione data dal traente di negoziare ovunque si credesse meglio la cambiale, non avrebbe senso se non fosse questo. I giranti, semplici mandatari, reclamano il rimborso rispettivo in virtù della convenzione che deroga a qualunque disposto legale.

Articolo 266.

La rivalsa è accompagnata da un conto di ritorno.

Articolo 267.

Il conto di ritorno deve contenere

La somma capitale della lettera di cambio protestata;

Le spese di protesto e le altre spese legittime, come commissioni di banca, senseria, bollo e porto di lettere;

Il nome e cognome di colui sul quale la rivalsa è fatta, ed il prezzo del cambio secondo il quale essa fu negoziata.

Il conto di ritorno deve essere certificato da un agente di cambio, e nei luoghi ove non sono agenti di cambio, da due commercianti.

Deve essere accompagnato dalla lettera di cambio protestata e da una copia dell'atto di protesto. Nel caso in cui la rivalsa sia fatta sopra uno dei giranti, deve essere accompagnato inoltre da un certificato che comprovi il corso del cambio del luogo, in cui la lettera di cambio era pagabile, sopra il luogo da cui è stata tratta.

---

questione, che io ho trattata un po' a lungo, perchè la ritengo vitale. V. anche GOUJET et MERGER, mot *Rechange*, num. 21.

(1) Oggidì non può quasi avvenire se non per interruzione di commercio a causa di guerra o di qualche altra pubblica calamità che obbliga a ricorrere a vie indirette.

(2) DUPUIS DE LA SERRA, chap. XV, § 14; FRANK., *Inst. jur. camb.*, lib. II, sect. I, tit. VII, § 14.

(3) *Parfait négociant*, part. I, lib. III, chap. XI.

(4) « Il y a des cas où les rechanges sont dûs « plusieurs fois par le tireurs » DUPUY, chap. XV.

Articolo 268.

Non possono essere fatti più conti di ritorno sopra una stessa lettera di cambio.

Il conto di ritorno è rimborsato da girante in girante rispettivamente e definitivamente dal traente.

900. *Carattere del conto di ritorno. Documenti. Certificato che deve accompagnarlo quando la rivalsa sia fatta sopra uno dei giranti.*
901. *Novità del Codice che ammette a carico del traente il cumulo dei ricambi. — Ufficio dei certificati che la legge esige. — Misura dei ricambi rimpetto al traente.*
902. *Elementi del conto di ritorno:*
a) *Capitale della lettera di cambio protestata;*
b) *Spese del protesto;*
c) *Altre spese legittime.*
903. *Effetto della convenzione* — senza conto di ritorno.

900. Il *conto di ritorno* raccoglie tutti gli elementi del credito accresciuto dalle appendici che l'esercizio del diritto creditorio vi ha necessariamente aggiunte. Il conto di ritorno *accompagna la rivalsa*, comunicazione indispensabile al pagatore designato della seconda lettera, specie di fattura che non ha che il carattere di una istruzione, e deve comprovarsi con documenti. L'ultima parte dell'articolo 267 ne esprime la qualità. Intorno al *certificato* di cui ivi pure si parla, ecco una spiegazione utile del Rogron. « Questo (certificato) ha per fine di constatare il corso « del cambio del luogo ove la cambiale era pagabile sopra il luogo ond'è stata tratta, affinchè il girante che si rimborserà mediante « una rivalsa sopra il traente, possa conoscere questo ricambio e farlo pagare al « traente che deve definitivamente sostenerlo « a termini dell'articolo 179 (articolo 265). « Questo certificato non è necessario allorchè « il presentatore fa la sua rivalsa direttamente contro il traente perchè il conto di « ritorno contiene il prezzo di cambio a cui la « rivalsa è stata negoziata, che in questo caso « non è altro che il cambio del luogo donde è « stata tratta » (1).

901. Queste parole di Rogron ci richiamano all'importante novazione introdotta dal nuovo Codice di commercio italiano sulle legislazioni precedenti. L'articolo 183 del Codice francese poneva questa base al calcolo dei ricambi. « *Les rechanges ne peuvent être* « *cumulés;* chaque endosseur n'en supporte « qu'un seul, ainsi que le tireur ».

Il quale articolo, osservò Persil (2), non era che lo svolgimento, o, se voglia dirsi, l'applicazione pratica dell'articolo precedente, che dichiarava non potersi fare che *un solo conto di ritorno* sulla medesima lettera di cambio.

Per noi l'ordine delle idee è radicalmente mutato. L'odierna legislazione ammette il *cumulo dei ricambi.* La nostra Commissione speciale propose questa grande mutazione, osservando che altri Codici convenivano nel cumulo dei ricambi (3). Così nel Processo verbale del 29 aprile 1865. La Relazione ministeriale ne diede ampia testimonianza. « Fu tolto il divieto di accumulare i ricambi *nel fine di ac-* « *crescere il valore della cambiale*, *renderla* « *più facilmente circolante*, *e aumentare nel* « *traente una giusta responsabilità* ». Perciò è stato soppresso l'articolo 183 (4) del Codice di commercio francese, conservando però nel nostro articolo 268 il tenore di quell'art. 182, che faceva parte del sistema dell'unicità del

(1) Edizione di Bologna del 1840. È noto il decreto provvisorio francese del 24 marzo 1848: « Considérant les abus de compte de retour qui « pesent sur le commerce, et qui dans les circon- « stances actuelles surtout, aggraveraient ses mar- « ges » vennero *provvisoriamente* modificati gli articoli 178 e 179 del Codice di commercio, e sospesa la esecuzione degli articoli 180, 181, 183.

(2) Se a ragione, lo vedremo fra breve.

(3) Alludevasi, io credo, principalmente all'uso del commercio inglese che obbliga il traente a rimborsare tanti ricambi quanti sono i segnatari che hanno approfittato del diritto di rivalsa. Io ho mostrato al num. 894, che qui si segue un giusto principio.

(4) L'articolo 183 era stato tradotto nel 197 del Codice di commercio albertino.

Digitized by Google

ricambio. Senza dubbio il nostro legislatore ha dovuto ritenere che l'articolo 268 non si contrapponga in verun modo all'accettazione del nuovo principio.

E sembra a me pure che l'articolo 268 sia tanto acconcio al nostro, quanto era l'articolo 182 al sistema francese.

Si vuole *unico* il conto di ritorno. E perchè? Per semplicità di metodo; per non generare confusione con moltiplici note; quindi ognuno rimborsando *à son tour* la lettera di cambio, e creandone una novella (rivalsa) onde esserne rimborsato dal cedente rispettivo, fabbrica un nuovo conto di ritorno relativo al credito proprio che è l'*ultimo stato della negoziazione cambiaria*.

Vero però che il conto di ritorno via via che procede di pagamento in pagamento si accresce e si rincara, per dir così, del nuovo ricambio, e così ingrossato s'incammina verso il primo autore (il traente), e si scarica sovra esso come un nembo che si è appropriato gli sparsi vapori dell'atmosfera per la quale è trascorso.

Io trovo che il secondo periodo dell'articolo 268 esprime con precisione questo concetto.

Ora vediamo come l'uffizio dei vari *certificati* che debbono ammettersi al conto di ritorno, corrispondano allo scopo.

Il primo certificato riguarda il complesso del conto. L'*agente di cambio*, o due commercianti ove non sono agenti di cambio, certificano che il conto è regolare secondo gli usi del commercio locale. Se la rivalsa è fatta sopra il traente, altro certificato non si richiede, non essendovi che un solo ricambio. Se i ricambi si vengono moltiplicando (come avviene quando si passa per la trafila dei giranti) spezzandosi il conto di tratto in tratto, si esige un certificato speciale che deve comprovare — *il corso del cambio del luogo in cui la lettera di cambio era pagabile sopra il luogo da cui è stata tratta.*

Qui vediamo ripetersi la dizione dell'articolo 265, parte 1ª, ma il significato non è identico. Se la lettera di cambio era pagabile in Bologna e la rivalsa si pratica direttamente sopra il traente a Milano, la differenza del cambio è quella che si verifica fra le due città. Se invece il portatore manda la rivalsa sopra il cedente di Verona, è necessario che un agente di cambio di Verona, ove giusta l'indirizzo la nuova cambiale è pagabile, certifichi la differenza che passa nel corso di questa città a Milano, e così di cedente in cedente. Per quanto a me pare, simile disposizione ha ragione di essere nel nostro sistema, mentre tutta questa irradiazione di ricambi converge verso il traente che n'è la vera obbiettiva (1).

a) *Somma capitale della lettera di cambio protestata.*

Ciò che non può determinarsi non fa parte del conto di ritorno. Tali sono gl'interessi della somma capitale che cominciano a decorrere *dal giorno del protesto* (articolo 266) e proseguono sino al giorno dell'effettivo pagamento. Solo in quel giorno se ne potrà far il calcolo. Non è una necessità portare nel conto gli interessi che il girante paga al creditore soddisfatto, bastandogli la quietanza che giustificherà il suo diritto al rimborso verso il girante rispettivo, o verso il traente; bensì sarebbe molto regolare il fare apparire nel conto rinnovato (2) la somma degl'interessi pagati.

b) *Spese del protesto.*

Devono risultare dall'atto autentico del protesto.

c) *Altre spese legittime.*

L'articolo 267 dichiara legittime le *commissioni di banca*, *senserie*, *bollo e porto di lettere.* È quasi inutile il dire, che tali spese devono avere un rapporto immediato colla operazione del ricambio, e non possono riguardare altri affari.

Il modo usato dalla legge è a tutt'evidenza enunciativo e non tassativo, quindi è possibile la introduzione di qualche altra spesa se necessaria; ciò che importava, era di non lasciar dubbio sulla natura di quelle che sono enunciate.

Si disputa sulle spese dei viaggi; si domanda se abbiano a prender posto come legittime nel conto di ritorno. Erano ammesse nella Ordinanza del 1673, ma il Codice tacque. Non mancano però opinioni autorevoli disposte a ritenere che si debba ancora ammettere questa spesa se il giudice la reputa in certo modo necessaria, comunque agli scrittori francesi dovesse parer meglio dimostrata la esclusione

(1) Onde si scorge che il ricambio rispetto ai giranti fra loro si regola da piazza a piazza in cui si vengono formando le loro rivalse, laddove, rimpetto al traente, divenuto dopo il protesto debitor principale, il corso è di volta in volta misurato dal luogo ove si crea la rivalsa verso quello ov'egli finirà col soddisfare tutto il debito.

(2) Facendosene uno da chiunque degli obbligati viene rimborsando il suo creditore rispettivo, onde all'ultimo tutto si racchiude in un sol conto, come superiormente si disse.

Digitized by Google

attesa la discretiva fra l'Ordinanza e il Codice. Nondimeno oltre POTHIER che scriveva sotto l'impero dell'Ordinanza è di gran peso l'autorità di LOCRÉ (sull'articolo 181), al quale poi si aggiunsero DAGEVILLE (allo stesso articolo), PERSIL (allo stesso articolo), e NOUGUIER (n° 813). Altri non meno valenti combattono questa dottrina ed escludono la spesa di viaggi, qualunque ne sia la causa, che non ritengono mai avere un nesso necessario col pagamento della cambiale (1). BÉDARRIDE specialmente considera, e secondo me con ragione, il silenzio del Codice come una abrogazione delle leggi precedenti. E noi che beviamo il latte di quelle idee e colle parole abbiamo succhiato lo stesso spirito, siamo abbastanza disposti ad accettare la sentenza che più si conforma a quella legislazione. Essa è poi ragionevole per sè. *Ne nimis*, e qui non si finirebbe più se a tante altre spese si potessero aggiungere quelle dei viaggi. Negli affari disgraziati una indennità completa non può mai ottenersi col soccorso della giustizia: bisogna persuadersene: d'altra parte non si hanno a soffocare i poveri garanti ai quali la grandine del protesto è disastrosa abbastanza.

903. La convenzione *senza conto di ritorno* è obbligatoria a favore del girante che l'ha stipulata, ma non conviene esagerarne l'applicazione. Annessa la clausola alla creazione del titolo, non dubito di affermare che il titolo stesso ne sarebbe guasto. E basta considerare l'effetto di questa clausola. Essa impone al possessore della lettera di cambio, caduta in protesto, di non fare il conto di ritorno, vale dire di non poter reclamare i compensi dei quali è sufficientemente ricco il conto di ritorno, eccetto gl'interessi che non ne fanno parte. Vale dire ancora, *si abolisce la rivalsa* che niuno più farebbe gravando se stesso di tutto quello che costa. Non potrebbe più concepirsi una lettera di cambio che colle ali tarpate non saprebbe più radere che la terra, e avrebbe una circolazione fiacca e impotente. Secondo me, una cambiale così formata nella sua origine, non è che una semplice obbligazione.

Articolo 269.

L'interesse del capitale della lettera di cambio protestata per difetto di pagamento è dovuto dal giorno del protesto.

Articolo 270.

L'interesse delle spese di protesto, ricambio e di altre spese legittime, non è dovuto che dal giorno della domanda giudiziale.

904. *Ragione del diverso modo di decorrenza degl'interessi.*
905. *Il disposto dell'articolo 269 è applicabile ai biglietti all'ordine, qualora sottoscritti da commercianti.*

904. Non è difficile additare la causa di quella specie di antitesi che si ravvisa fra i due articoli. La somma risultante dalla lettera di cambio fu già sborsata al debitore; egli la ritiene e gode i vantaggi che il danaro procura in ispecialità agli uomini che esercitano il commercio. La giustizia degli interessi è fondata su duplice perno quando concorre il lucro indebito di chi deve pagare e la perdita reale del creditore; e qui ci siamo. È un eccellente motivo nell'ordine morale; il legislatore però si è collocato nel punto di vista commerciale, e si è convinto che la ragione non era del pari pressante riguardo alle spese. Non tanto perchè la somma non sia goduta dal debitore come taluno ha asserito (2), quanto o perchè relativamente esigua, o per riflessi d'equità che spesso il legislatore accoglie nella sua mitezza onde non aggravare di troppo la condizione del debitore.

(1) VINCENS, liv. VIII, chap. VII, num. 18; DALLOZ, *Effets de commerce*, sect. XI, num. 788; GOUJET et MERGER, v° *Rechange*, num. 180.

(2) BÉDARRIDE, num. 617. Commercialmente gli interessi sono accordati al creditore in vista del danno che soffre non potendo trafficare le somme dovutegli, e non perchè il credito rappresenti sempre un danaro ritenuto e goduto dal debitore, che non è sempre vero.

Digitized by Google

905. L'articolo 269 è applicabile al biglietto all'ordine qualora sia sottoscritto da persone commercianti. La seguente dottrina negativa conferma la massima. « Attendu que le billet « à ordre, à la différence de la lettre de « change, *ne constitue pas par lui même, un « acte de commerce* (1); que dans l'espèce, il « s'agit, entre les parties, d'une simple obliga« tion civile, dont, suivant le droit commun, « *les intérêts ne sont dus qu'à dater du jour de « la demande* qui en est faite judiciairement; « que, par conséquent, on ne peut pas y ap« pliquer la disposition de l'article 184 (269), « qui est spéciale pour les négociants et pour « les engagements de commerce... » (Sentenza della Corte di Bordeaux del 22 maggio 1837; *Journal du Palais*, part. II, pag. 153; DALLOZ, *Répertoire*, v° *Effets de commerce*, n° 805; ALAUZET, n° 1016).

Articolo 271.

Il ricambio non è dovuto se il conto di ritorno non è accompagnato dai certificati di agenti di cambio o di commercianti a norma dell'articolo 267.

906. *Scopo ed estensione di questo disposto.*

906. Il commercio desidera che il conto di ritorno non sia soltanto una nota di spese, ma portando con sè la propria giustificazione, abbia sufficiente autorità onde ci si possa credere, pagarsi e trasmettersi rapidamente. Nelle discussioni dell'originale progetto vi fu chi sostenne doversi rigettare a dirittura un conto non giustificato a norma di legge, colla perdita del credito mancante di prova specifica. Ma la giustificazione non potrebbe farsi posteriormente? Non è questo il caso di tutti i giudizi?

Il commercio ha le sue leggi; quello che nel diritto civile è interesse individuale, è interesse generale in commercio. Prevalse in parte il sistema di rigore. La decadenza è minacciata al diritto *di ricambio*. Il ricambio si considera sotto due aspetti. In quanto vale il trasporto della nuova lettera *dal luogo del protesto* a *quello ove è rimborsabile dal traente*, o a quello in cui deve rimborsarsi *dal girante*. Quindi due ordini o forme di certificati, quali dichiara l'art. 267 nelle sue due ultime parti. Amendue sono contemplati dall'articolo 271. Il certificato che diremo generale rispetto alla totalità del conto, non basterebbe nel secondo caso se non accompagnato dall'altro particolare *che comprova il corso del cambio* relativo al girante.

Vero è peraltro che ogni documento opera nei limiti del proprio oggetto; quindi la legge, avvisando alla certificazione dell'agente, non accenna che *al ricambio*. Le spese del protesto devono risultare, come si disse, dallo stesso atto. Se qualche altra spesa, che si sottrae alla missione dell'agente di cambio, non fosse giustificata, la legge non la comprende nella sua sanzione.

(1) Osservabile principio che viene a ricevere tutto il suo sviluppo nel lavoro intorno al Capo seguente.

Digitized by Google

910. *Si esclude il terzo genere. Il biglietto a domicilio non è d'indole sua propria che un biglietto all'ordine; ma estendendosi colla sua funzione ad emulare la lettera di cambio, il giudice di fatto può riconoscere nel biglietto a domicilio una vera cambiale.*
911. *Restando il biglietto a domicilio nei termini di un biglietto all'ordine, il protesto deve farsi al soscrittore e non al designato al pagamento; non così quando il preteso biglietto all'ordine ha il valore effettivo di una lettera di cambio.*
912. *Biglietto al portatore. — Genesi e riscontri storici.*
913. *Abbandono in cui il biglietto al portatore è stato lasciato dai legislatori, e come abbia a qualificarsi di fronte al diritto commerciale vigente.*
914. *Il biglietto al portatore non appartiene alla categoria dei biglietti all'ordine.*
Non è titolo per se stesso commerciale.
Non può sostituire in verun caso la lettera di cambio.
915. *Della causa della obbligazione. Il biglietto al portatore, come generalmente ogni dichiarazione di debito, ha la presunzione della causa lecita e giuridica.*
916. *Biglietto di cambio e altre specie di biglietti o mandati.*

---

907. Due principali differenze fanno della lettera di cambio e del biglietto all'ordine, suo utilissimo ausiliario, due distinte categorie di effetti commerciali.

Generalmente parlando (1), l'autore della lettera, il traente, non è il debitore del prezzo. Egli crea e mette al mondo un titolo che, lanciato nella circolazione, ha un valore in quanto glielo attribuisce la sua propria sottoscrizione che implica certi obblighi relativi al buon esito della tratta; il titolo però è designato a più non ritornare nelle mani del suo emissario, salvo forzato regresso, che è innaturale, essendo la conseguenza di un disastro. Vi è un terzo che paga, mandatario del traente, e investito ad un tempo di diritti propri, il trattario. Quindi il concorso delle tre persone, che senza essere una vera necessità per la lettera di cambio, è pur sempre una caratteristica che non divide col biglietto all'ordine (2).

La convenzione ristretta a due persone è della natura del biglietto all'ordine, nè cangia carattere per l'adietto di taluno delegato a fare il pagamento nella qualità di mandatario puro e semplice del debitore. Più presto che una persona nuova introdotta nella obbligazione, si considera *un mezzo di pagamento.* Ogni debitore, anche civile, può costituirsi, ad eseguire ciò ch'egli deve, un mandatario, che infine è la persona stessa del mandante, e non ha come il trattario una posizione formatagli dalla legge per cooperare utilmente al movimento cambiario (3). Quindi l'art. 274 sopprime il regolamento dell'accettazione, della provvista, e gli altri complicati ordigni che hanno un indirizzo verso il trattario.

L'altra differenza a tutti nota è la diversa sfera di azione di codeste due forme commerciali. La lettera di cambio è strumento di molto maggior forza: la sua attività è mondiale. Perchè il danaro che io pago a Firenze mi sia recapitato a Lisbona, senza verun mio incomodo e rischio, è d'uopo l'intervento del banchiere di Lisbona, del terzo insomma. Il biglietto all'ordine, comodissimo agli usi della vita commerciale per così dire casalinga, è principalmente inteso a fare scorrere di mano in mano l'obbligo, con un semplice giro e quasi come moneta; si presta a molte operazioni di commercio, ma non effettua quella del cambio propriamente detto.

Il biglietto all'ordine si spiccava molto più dalla cambiale nei tempi addietro. Gli si negava la prerogativa del protesto, ond'era resa assai problematica la condizione dei garanti. Gli interessi non decorrevano che dalla domanda giudiziale, come pei crediti comuni; i debitori non erano favoriti dalla prescrizione quinquennale, e duravano trent'anni nella obbligazione; le azioni derivanti dal biglietto all'ordine si consideravano civili. Ma la natura del biglietto all'ordine è progressiva; la sua semplicità, la sua mobilità, la sua stessa varietà lo rendono interessante, simpatico; quindi si è andato sempre più accostando alla cambiale nei privilegi, e attesa l'attitudine che ha di trasformarsi in effetto al portatore (4),

---

(1) Assai meno frequente è la *tratta su se stesso.*

(2) *Non è sempre necessaria,* si è detto, potendosi *trarre sopra se stesso* (articolo 197).

(3) Vedi appresso num. 941.

(4) Lo vedremo più avanti.

Digitized by Google

in quell'aura di libertà commerciale che sempre più s'avanza, tende a surrogare la stessa cambiale. Lasciamolo fare, occupiamoci della sua esistenza attuale.

L'essersi accordata facoltà anche ai non commercianti di creare biglietti all'ordine, quindi facilmente trasmissibili e girabili senza le formalità delle cessioni civili, mostra l'avviamento della legislazione commerciale ad uscire dalla via del privilegio. Intanto ravvicinando gli effetti, la legge ha curato di mettere in relazione le cause. La lettera di cambio ha in se stessa e negli effetti che produce la sua ragione commerciale, e chi vi si abbandona deve sentire, coi vantaggi, anco le dure repressioni che merita l'inadempimento di solenne promessa. Il carattere direi quasi anfibio del biglietto all'ordine, buono per le contrattazioni commerciali e per le civili, non giustifica per sè i rigori della giurisdizione commerciale; onde spetta al creditore che pretende a più robuste guarentigie, il provare che il non commerciante si è obbligato per causa commerciale. Di rincontro il commerciante che si presume dedicare ogni azione della sua vita al traffico, dimostri che il biglietto all'ordine da lui emesso non ebbe causa commerciale. Questa è la disposizione, o piuttosto il richiamo delle disposizioni precedenti fatto dall'articolo 272.

In una certa periferia industriale, il biglietto all'ordine è destinato a prestare tali servigi che niun altro istrumento di commercio, per quanto primeggi, potrebbe surrogare. Il biglietto all'ordine accresce la massa dei valori interni mediante l'applicazione del credito ai bisogni quotidiani e continui delle arti, delle manifatture, delle imprese che si alimentano con transazioni incessanti; ed è raccomandabile per quella mite espansione di fiducia che riunisce gli spiriti come gl'interessi, e migliora cogli affari eziandio l'indole degli uomini. Non adatto alle grandi speculazioni ove i rischi proporzionali producono sovente irrequietudine e moti incomposti e ruinosi ardimenti, questo mezzo commerciale non è che la espressione di modeste esigenze, e giova più presto allo sviluppo di una industria già messa in esercizio di quello che abbia in se stesso l'oggetto della speculazione.

Quello che veniamo descrivendo è il biglietto all'ordine che la legge ha preso in particolar protezione e circondato delle sue cure forse per la purità degli elementi di cui si compone. Nel commercio però da lungo tempo si andarono spargendo altre forme convenzionali che la legge o non può prevedere per la loro variabilità o non vuol prevedere per meglio dominarle. Quindi altre guise di biglietti di fiducia ora *a domicilio*, ora *al portatore*, ora d'altra maniera. Noi ci occuperemo di codeste specialità ritenendoci dispensati da particolari avvertenze sull'articolo 274, le cui disposizioni furono da noi ampiamente ragionate trattando della lettera di cambio.

908. Intanto giova stabilire, che il carattere della trasmissibilità del biglietto come della lettera di cambio, dev'essere impresso nella sua forma originale. Aggiunta la clausola *all'ordine* da qualche girante in corso di circolazione, produce effetti molto meno ampi, nè mai è capace di rivestire il biglietto delle sue prerogative commerciali.

È aperto che il soscrittore del biglietto a credito di persona nominata (o a *dirittura* come suol dirsi) non ebbe intenzione di formare un recapito negoziabile. Restando nei termini di una obbligazione civile, non ha voluto impegnarsi di più; il creditore dal canto proprio dovrebbe nel cedere i suoi diritti osservare i modi della legge civile. Ma noi supponiamo che il creditore, o altro dei cessionari, abbia ceduto il biglietto con girata *all'ordine*. Siffatte addizioni non cangiano la natura del titolo.

Il soscrittore di un biglietto *all'ordine*, simile in ciò al traente sopra se stesso, è il debitore vero ed unico, esposto sempre a dover pagare il possessore nel giorno della scadenza. Per lui non si fa il protesto, che è necessario soltanto per la conservazione delle azioni di regresso verso i giranti. Se non vi è giratario, l'affare passa semplicemente fra creditore e debitore, e allora non ha luogo protesto. Che se vi hanno dei giratari, dopo le molestie subite dal possessore del biglietto all'ordine, essi pesano tutti sul soscrittore che oltre il debito capitale deve gli interessi, le spese, e tutto quanto si attacca al recapito nel suo forzato cammino retrogrado.

La posizione del soscrittore del biglietto non foggiato all'ordine, come ognuno intende, è molto diversa. Egli è sempre il debitore, *ma di semplice obbligazione;* commerciale o no secondo egli sia o no un commerciante (1). Non nascendo per lui veruna compartecipazione a

(1) In questa materia, V. la sentenza del 4 marzo 1869 della Corte di cassazione di Torino (*La Legge*, 1869, num. 32).

solidarietà coi cessionari rispettivamente cedenti, non subisce l'onta e le spese di un protesto nè gli altri carichi. Non deve gl'interessi se non dalla domanda in giudizio. Ed egli mantiene questa posizione malgrado le girate *all'ordine*.

Nondimeno la girata colla clausola *all'ordine* avrà un effetto (1), ma nei rapporti soltanto fra il girante e il giratario, effetto che non si retrotrae ai giranti anteriori. Esso si limita alla facoltà accordata di cedere il titolo alla forma commerciale, ed è personale. Cessa qualora il giratario, cedendo a sua volta il biglietto, non ripeta la stessa clausola.

Deve osservarsi inoltre, che *la girata all'ordine di un biglietto non costituito all'ordine*, non impone neppure al girante con siffatta clausola l'obbligo di garantire la esigibilità del credito (2).

—

909. *Biglietto a domicilio.*

POTHIER, scrivendo sulla metà del secolo decimottavo, asseriva che il *biglietto a domicilio* era di nuova invenzione, quantunque già molto in uso (3), e lo definiva così: « Le « billet par lequel je m'oblige de vous payer, « ou à celui qui aura ordre de vous, une certaine somme dans un certain lieu, par le ministère de mon correspondant à la place de « la valeur que j'ait reçu ici de vous, ou que « je vais à recevoir ». Quale mai differenza passa fra *un biglietto a domicilio* e una lettere di cambio?

Lo stesso POTHIER la dichiara. Il biglietto a domicilio differisce dalla lettera di cambio nella forma; rispetto a questo, colui sul quale è tratta deve accettarla, e in forza della sua accettazione ne diventa il creditore; chi l'ha fornita rimane nulla più che un garante. All'incontro chi rilascia il biglietto a domicilio è sempre il debitore; il corrispondente non ha qualità che di mandatario (V. sopra, n. 907) (4).

Il progetto del Codice di commercio francese proponeva un articolo così espresso: « Le « billet au ordre peut être payable au domi- « cile d'un tiers résident dans un autre lieu.— « Dans ce dernier cas, il est billet à domi- « cile ». Nel Consiglio di Stato si fece forza per la soppressione di questo articolo. È inutile, si diceva, il venir creando una nuova serie di effetti negoziabili. Il biglietto a domicilio è un biglietto all'ordine colla indifferente circostanza di esser pagabile in altro luogo. Questa idea ebbe un'eco nella generalità dei commissari: si ritenne una specie, compresa e assorbita nel genere *biglietto all'ordine:* ecco tutto (5).

In effetto il *biglietto a domicilio* ha continuata la sua carriera malgrado le reticenze legislative, poichè non si è mai curato dai legislatori di recarcene la vera nozione. Intanto gli scrittori inclinavano a riguardare il biglietto a domicilio come una forma del tutto affine alla lettera di cambio. — FRÉMERY insegnò: « Le « billet à domicile est une expression aussi « nette, aussi exacte du contrat de change « que la lettre de change elle-même; il en « atteste même biens plus la sincérité, car on « n'y trouve pas la signature d'un accepteur « qui fait de la lettre de change un moyen « pour le tireur d'user son crédit. Nos tribu- « naux consulaires (prego avvertire alla con- « clusione) sont donc bien fondés, dans l'état « actuel de la législation, à se déclarer com- « pétents sur l'action en payement d'un billet « à domicile, et à prononcer la contrainte par « corps contre le confectionnaire » (*Études de droit commercial*, chap. XVI).

Altri ne sente la differenza. HORSON si dichiara convinto che il biglietto a domicilio ha sempre qualcosa che lo distingue dalla lettera di cambio, ma ne fa un *medium genus:* « Cet « effet, egli si domanda, n'est il qu'un simple « billet à ordre? *Il est quelque chose de plus « rélativement au souscripteur;* celui-ci a reçu « la valeur de titre dans un lieu, et il s'est « obligé de la faire compter dans un autre « lieu. *Il y à donc la opération de change,* et « dès lors engagement commercial aux termes « de l'article 672 du Code de commerce; *d'où « nous concluons que le souscripteur même non « commerçant, sera à défaut du payement, « passible de la contrainte par corps* » (qu. 54). Havvi dunque un titolo che non è lettera di

(1) La forma della cessione, del tutto irregolare, potrebb'essere impugnata da un terzo che ne avesse risentito pregiudizio; come sarebbe il debitore ceduto che, non avvertito dalla notificazione (articolo 1540 del Codice civile), avesse in buona fede soddisfatto il debito.

(2) Come venne sapientemente deciso dal tribunale di commercio di Parigi nel 23 luglio 1841 in causa fra Schwartz e Surget.

(3) *Contrat de change*, num. 207, 210.

(4) Concorda (dice VINCENS) colla lettera di cambio quando il biglietto a domicilio è sottoscritto in un luogo e pagabile in un altro; discorda non essendo soggetto alle disposizioni che riguardano l'accettazione, la provvista, ecc. (Lib. VIII, pag. 205, edizione Tarlier).

(5) LOCRÉ, *Législation commercial*, t. XVIII, pag. 2.

zed by Google

cambio nè biglietto all'ordine, sfuggito alla legge o creato dai giureconsulti.

Si ammettono quindi distinzioni sostanziali fra un titolo e l'altro; ma *per certi effetti* verrebbero a congiungersi. PARDESSUS ci attesta una inclinazione molto accentuata (parola di moda) nel commercio pratico per concedere al biglietto a domicilio l'uffizio della cambiale (1).

910. Il terzo genere non possiamo ammetterlo; noi non conosciamo che due categorie di titoli cambiari, la lettera di cambio e il biglietto all'ordine. Se i caratteri dell'atto si ravvicinano, spetta al magistrato rilevare gli elementi preponderanti (e la pratica vince nella indagine la teoria); il nome attribuito al negozio, indice della volontà dei contraenti, ha sempre la sua prevalenza. Ma in che consiste la importanza della questione?

Primieramente nello sviluppo del processo cambiario, che è molto diverso. Se trattasi di una lettera di cambio, sappiamo che deve ricercarsi l'accettazione, protestarsi se l'accettazione non è prestata; e per queste e per altre cause intrinseche e proprie, già di sopra avvisate, nasce un movimento di atti e di azioni esercibili sconosciute nel più semplice andamento del biglietto all'ordine (2). L'altra capitale differenza consiste nella dimostrazione della causa commerciale, che nella lettera di cambio si appalesa dal titolo, e nei biglietti all'ordine deve stabilirsi dal creditore onde produrre gli effetti giurisdizionari che hanno comuni colla lettera di cambio *quando siano dipendenti da causa commerciale* (articolo 723, nº 2, articolo 727, nº 3).

Ma ritenuta la distinzione netta ed unica di lettere di cambio e di biglietti all'ordine non sarebbe forse possibile (tacendo la legge) che il biglietto a domicilio sia piuttosto da collocarsi nella categoria delle lettere di cambio? (3).

Io affretto la soluzione.

Il *biglietto a domicilio* non è che una varietà del biglietto all'ordine. Per tenermi stretto ai principii del Codice, non posso ammettere che esso inchiuda per virtù propria la causa commerciale (4). La sua missione non è quella di trasportare i valori; il luogo terzo ove sarà soddisfatto il debito può esser nella stessa città, nello stesso borgo. Possono valersene commercianti o non commercianti. Il possidente *A*. che ha la sua fattoria nell'agro piacentino data in locazione a *B*. mentr'egli abita a Milano, acquistando da *C*. dei legnami per la tenuta, gli rilascia per lire .... un biglietto all'ordine della più schietta natura. Non è una operazione di commercio, bisogna convenirne. La causa commerciale non è dunque nella nozione del biglietto a domicilio, che simile ad ogni altro biglietto all'ordine è offerto eziandio agli usi del commercio non speculativo (oggetto continuo del Codice), ma necessario. Utilissimo strumento, che non conviene guastare esagerandone l'attività quasi per proteggerlo. L'uso ne sarebbe assai diradato, quando si volesse assoggettare in principio il debitore alle dure conseguenze di una obbligazione cambiaria.

Il biglietto all'ordine, che *non ha causa commerciale*, si riduce a quella che il Codice di commercio suole appellare *obbligazione semplice*. Le tante discipline prescritte dall'articolo 274 si sfasciano. La solidarietà, il pagamento per intervento, il protesto coi diritti e coi doveri che l'accompagnano, il ricambio, non hanno più ragione di essere; il giudizio appartiene alla giurisdizione civile.

911. Rientrato così il *biglietto a domicilio* nella famiglia dei biglietti all'ordine, mi occorre una ricerca che praticamente è della più grande importanza.

Il *domicilio* del pagamento benchè diverso da quello del luogo ove abita il debitore, può essere di pertinenza dello stesso debitore.

(1) PARDESSUS, *Droit commercial*, num. 481. Non è questo però il parere di lui. La Corte di Montpellier, con sentenza del 4 luglio 1828, decidendo della competenza, osservò che nella specie *il biglietto all'ordine* provava la rimessa di valori *de place en place*, onde affermò la competenza commerciale.

(2) Per esempio quelle che sono occasionate da fallimento del traente o dall'accettante.

(3) Oltre gli autori citati, altri più antichi ponevano al paro la cambiale e il biglietto all'ordine. DUPUIS DE LA SERRA, tit. XXII, pag. 599; NICODÈME, pag. 247; TULEMAN, p. 145 e 180; LECLERC, p. 233.

(4) Molti che non riconoscono nel biglietto all'ordine la natura della cambiale, opinano ch'esso inchiuda almeno la causa commerciale, e così lo qualificano *titolo commerciale*, il che in sostanza è creare il genere medio da noi ricusato. Oltre una gran quantità di decisioni in contraddittorio, che è inutile ricordare, stanno in questa sentenza DENIZART, vº *Lettre et billet de change*, § 2, pag. 55; SAVARY, liv. I, chap. IV, part. III, L. I; DESPEAUX (*De la jurisdiction commerciale*, num. 503); BOUCHER (*Traité du papier de crédit*, tom. II, pag. 145; BECANE, pag. 246, 247; ORILLARD, n. 448; GOUJET et MERGER, vº *Lettre de change*, num. 45, et *Billet a domicile*, num. 7; MERLIN, *Quest. de droit*, vº *Billet à domicile*, num. 1. — In contrario, LOCRÉ, tom. I e IV, pag. 158; FAVARD DE LANGLADE, *Nouveau répert.*, vº *Billet à domicile*; BIOCHE et GOUJET, *Diction.*, *de procéd. civ.*, vº *Effets de commerce*, t. II, num. 10

A, proprietario di Milano ha una villa in quel di Como, e rilascia un ordine di pagamento a favore di *B*. che gli ha somministrati dei legnami per la tenuta onde il suo agente *C*. gli conti 2000 lire. Niuno crederà mai che *C*. sia un terzo, e talmente obbligato nel proprio, che si debba eccitare al pagamento sotto la minaccia di un protesto.

Ma quell'incaricato al pagamento può esser un terzo veramente; i contraenti commercianti, il luogo di pagamento *extra*, ed anche lontano: concorrere insomma tutti i caratteri della lettera di cambio. Si domanda se il *protesto*, mantenuto dall'articolo 274 anche per i biglietti all'ordine, debba farsi a quel delegato al pagamento, o al debitore?

Ha un bel dire Bédarride « dans le billet « à domicile, *quel que soit le lieu du payement*, « c'est le souscripteur qui est exclusivement « chargé de l'opérer. Celui au domicile du« quel ce payement est indiqué n'a donc ja« mais à intervenir personnellement » (n° 689). Noi ci approfittiamo della larghezza e, quasi si direbbe, della generosità dell'autore. Fingeremo i luoghi lontani: per es. Venezia e Pietroburgo. Il creditore che manda a riscuotere nella capitale degli czar il suo *biglietto a domicilio*, non essendo pagato, dovrà riportarsi a Venezia per fare il protesto?

Fra gl'inconvenienti d'una legislazione questo sarebbe uno dei più enormi, e tutti lo sentono. Ma è possibile che il legislatore lo abbia voluto?

Io dico che non ha potuto volerlo. Non ha potuto volerlo perchè non è in questo modo che si trattano seriamente gli affari del commercio; e perchè avrebbe distrutta, rendendola impossibile, la sua stessa previsione; mentre per quanto si voli sulle ferrovie, nella corsa lunga ed affannosa più giorni ad ogni modo dovranno impiegarsi. È un principio totalmente nella natura delle cose, che il protesto si spicca dal luogo del pagamento perchè ivi può farsi senza il menomo indugio, rimanendo poi un congruo tempo per far le notificazioni ed esercire le azioni di regresso. Ciò che insegna il citato autore è verissimo. Per quanto spetta ai biglietti all'ordine, il protesto si fa al soscrittore; e se il biglietto è, come dicesi, al domicilio, il domiciliatario è un mandatario puro e semplice che non ha veruna obbligazione personale. Io però sono venuto osservando (n° 909) che il dichiarare se trattisi di un biglietto all'ordine o di una lettera di cambio può bensì risolversi dal nome che le parti hanno tribuito all'atto come indice della loro volontà, ma che la sostanza e la realtà dei fatti vale anche più delle parole. Il legislatore ha separate con linee così sottili queste diverse forme cambiarie, che non può negarsi al giudice del fatto la facoltà di definirle. In questo caso non può neppure immaginarsi che, sebbene la denominazione della lettera di cambio sia stata omessa, surrogandovi quella di *biglietto all'ordine*, non abbia ad affermarsi l'esistenza di una vera lettera di cambio.

Così i *biglietti a domicilio*, benchè formulati entro certi ragionevoli limiti non siano cambiali, hanno una visibile tendenza di trasformarsi in cambiali, e tali diventano quando ne fanno veramente l'ufficio.

Riassunto. Il biglietto a domicilio è un biglietto all'ordine, quindi la causa commerciale dev'essere provata o dalla qualità della operazione, o da quella personale dei contraenti.

Il biglietto a domicilio si distingue dalla lettera di cambio per la sua formola (1), e per la denominazione datavi dalle parti.

Appartiene al giudice del fatto il definirne il carattere; se abbia a giudicarsi come una vera lettera di cambio. Nella natura dell'operazione il giudice ha un criterio molto più solido che quello della denominazione e della formola. Appoggerò questa conclusione all'autorità di Bravard « Ici, comme dans bien d'au« tres cas, il n'y a qu'à se conformer à la in« tention des parties. Ce sera aux juges re« chercher cette intention, à l'induire des « faits et des circonstances, de la qualité des « personnes, de la nature de l'opération. C'est « une question de fait ou d'intention, et non « pas une question de droit » (*Traité de droit commercial*, t. III, pag. 86) (2).

912. *Biglietto al portatore.*

Il soscrittore si obbliga di pagare la somma nelle mani della persona che alla scadenza gli

(1) Formula del biglietto a domicilio.

Firenze, 29 luglio 1869.

Buono per lire 1000.

Al 10 *agosto prossimo io pagherò al signor* B. C., *a suo ordine e al domicilio del sig.* D. E. *a Pisa la somma di L. mille, valore ricevuto in merci.*

Sottoscritto N. N.

Firenze, 20 luglio 1869.

Buono per lire 1000.

Al 10 *agosto prossimo pagate per questa mia sola di cambio all'ordine del signor* B. C. *la somma di lire mille, valore ricevuto in mercanzie senza altro avviso.*

Sottoscritto N. N.

(2) La giurisprudenza francese venne sempre più

Digitized by Google

presenterà il titolo (1). Da gran tempo questa forma entrò in commercio ed ebbe fortuna. Ma fra l'evidente comodità che il biglietto al portatore offre al commercio e le facili frodi che gli tengon dietro, la legislazione oscillò lungamente. Nel 7 giugno 1611 il Parlamento di Parigi ne proibì l'uso. Più solennemente venne proibito dalla detta Corte a sezioni riunite nel 24 marzo 1624; indi codesti divieti ebbero conferma da altro Regolamento del 16 maggio 1650. L'uso è tenace e non si sgomenta per così poco. Nel mese di maggio del 1716 fu d'uopo promulgare un Decreto Reale in questo tenore. « Défendons à toutes personnes, de « quelques qualités et conditions qu'elles « soient, de faire ou de recevoir à l'avenir « aucunes lettres ou billets du change, *ou « autres billets payables au porteur*, et déclarons nuls et de nul effet les dites lettres ou « billets de change, et autres billets qui ne « seront pas faites au profit de personnes certaines, denommés dans lesdits billets, ou à « leur ordre, qui ne pourront pareillement « être mis successivement sur les dites lettres « ou billets qu'au profit de personnes certaines et y denommés, *à peine de nullité des « dits ordres* ».

Altre Reali Ordinanze del 1673 e del 1692 avevano per contrario autorizzato espressamente il biglietto al portatore; alle quali fece seguito quella del 21 gennaio 1721, che revocò l'Ordinanza del 1716. E a suggello di validità si pose legge, che i debitori di simili obbligazioni dovessero, come per vera lettera di cambio, sottostare all'arresto personale.

Ci narra quella istoria, che la concessione diede incentivo a maggiori abusi, e ne scaturirono i biglietti *di fiducia*, i biglietti *patriottici*, i biglietti *di soccorso* ed altrettali, che essendo pagabili a vista funzionavano quale moneta, e riempivano di confusione il mercato. La Convenzione nazionale stimando di rilevare il credito pubblico, nell'8 novembre del 1792 li fulminò. Ma che? Il biglietto al portatore ha dura cervice e si mantenne; la stessa sovrana Assemblea nel 25 termidoro, anno III, sotto specie di dichiarare la Legge precedente, gli permise di vivere.

D'allora in poi il biglietto al portatore non venne più molestato e fece liberamente i suoi affari. Tutti i Codici, il nostro compreso, lo hanno lasciato passare, non so se di buona o mala grazia; non lo hanno nominato, ed eccoci in presenza di un fatto universale, che bisogna nonostante coordinare alla legge.

913. La emissione di *titoli al portatore* ha una rilevanza così speciale, che il Codice ne ha misurata con molta cura l'opportunità nei casi in cui ha creduto di autorizzarla. Ciò vediamo negli articoli 135, 151, 152 (2). Egli è certo, osservava SIREY, che *questa specie di effetti al portatore* non fu giammai sottoposta a regole precise, vuoi quelle che regolano le lettere di cambio, vuoi quelle relative al biglietto all'ordine. È ciò tanto vero che i Parlamenti erano autorizzati a fare dei regolamenti locali onde si avesse traccia di qualche norma a procedere in giudizio, sui termini e modi da tenersi, non seguendo il pagamento.

Che significa il silenzio del Codice? Approvazione o riprovazione?

Riprovazione, dissero alcuni interpreti del Codice di commercio francese. Vi hanno disposizioni che senza parlare di effetti al portatore, n'escludono la esistenza legale. Come mai il biglietto al portatore potrebb'essere una lettera di cambio se l'articolo 110 vi appone tali e tanti requisiti dei quali neppur uno risulta nel biglietto al portatore? A quelle opinioni che, ammettendone la validità, si appoggiavano all'Ordinanza Reale del 1721 non mai definitivamente abolita, si risponde negando la vigenza di quella secolare Ordinanza, e si dice che dopo il Codice essa rimane un fatto

---

distinguendo *fra il biglietto a domicilio* e la lettera di cambio, niente impressionata dalla differenza dei luoghi ove il biglietto è tratto, ed ove sarebbe pagabile. Può vedersi una sentenza della Corte di Riom del 19 giugno 1849 (*Journal du Palais*, 1850, t. I, pag. 208); nè i diligenti redattori si tennero dal notare che ciò pareva non conforme alla giurisprudenza sin allora osservata. Lo stesso, rispetto al biglietto all'ordine, venne decidendo la Corte di Orléans nel 7 maggio 1850 (*Journal du Palais*, pag. 408). Poco dopo questo principio ebbe una conferma in altra solenne decisione del 9 luglio 1851 (*Journal du Palais*, 1851, pag. 191). Poi nel 2 agosto 1854 la Corte suprema stanziò magistralmente, che il biglietto a domicilio, comechè pagabile in altro luogo, se non è dimostrato involvere un'operazione di banca, non ha verun rapporto colla lettera di cambio. Dal 1848 in poi si contano altre dieci decisioni in questo senso. Affare finito.

(1) Formola.

Firenze, 20 luglio 1869.

Buono, per lire 1000.

Buono per lire mille pagabili al portatore alla fine d'agosto prossimo.

Sottoscritto B. C.

(2) Aggiungeremo orora qualche cosa di più rilevante.

Digitized by Google

puramente istorico (PERSIL, sull'articolo 188).

Gli autori francesi più recenti, e non poche decisioni concordano nel dare la cittadinanza al biglietto al portatore, fermandosi principalmente su questo, che gli antichi editti non vennero mai aboliti (1). Noi emancipati da tali reminiscenze non osserviamo il *biglietto al portatore* se non in relazione al nostro Codice.

Il *biglietto al portatore* inchiude una obbligazione valida? È un titolo commerciale? Può surrogare la lettera di cambio e averne gli effetti?

Prima ricerca.

Motivi di dubitare. Noi conosciamo di più maniere *titoli al portatore* o nell'ordine amministrativo e nell'ordine commerciale. Effetti pubblici sono nominativi o al portatore. Il Codice di commercio crea titoli al portatore (articoli 81, 389); li permette (articoli 135, 150, 151, 152); le emissioni di biglietti al portatore sono concesse per Decreti Reali alle banche ed altri stabilimenti pubblici nei grandi interessi della circolazione monetaria. Codesti fatti verrebbero dimostrando che il biglietto al portatore non è di libera emissione privata ma di vera creazione legislativa, o dipendente almeno da placito governativo. Prima d'ora non avrebbe potuto tenersi efficace, almeno a trasferire la proprietà, una lettera di vettura o una polizza di carico che non fosse nominativa. È cosa che tocca all'interesse generale. Il biglietto e ogni titolo al portatore è moneta, salvo il corso forzoso. Molte volte i reggitori degli Stati se ne preoccuparono; e parve libertà eccessiva questa facoltà data *unicuique de populo* di batter moneta, e la frode annidarsi sotto questa forma nuda che non dà veruna ragione di sè, che non esprime la sua causa, e non consente veruna garanzia. Il Codice di commercio non ammette, non definisce, non protegge che biglietti all'ordine; non una parola pei biglietti al portatore: era così facile nominarli, e così opportuno il regolarne la giurisprudenza. Conclusione: che il legislatore non ha voluto biglietti al portatore.

Se i requisiti essenziali del contratto (2) concorrono, tutte le obbiezioni che possono farsi al titolo come contratto, svaniscono. Non esprime la causa (3); ma la causa si presume esistente e lecita (4), e ciò basta nel rapporto almeno della obbligazione. Più riflessibili sono gli obbietti che si rilevano dall'intervento legislativo nella creazione dei titoli al portatore, il quale, quando sia necessario, deve avere per conseguenza la nullità di quelli che emanano da autorità privata.

Qui conviene sceverare certe ragioni di titoli al portatore da certe altre. Non occorre parlare di quelli che sono per così dire organati nel Codice; come la lettera di vettura e la polizza di carico, le quali carte non sarebbero manualmente trasmissibili *a tutti gli effetti* (5), se la legge non lo avesse dichiarato. Ma è palese che tali titoli che hanno una sussistenza e un carattere proprio, non si chiamerebbero *biglietti al portatore*. È verissimo che nelle società di commercio i titoli al portatore sono sotto la mano della legge che li governa, proscrivendoli qualora la società non sia pervenuta a quello stadio di maturità o di consistenza economica che il legislatore ha calcolato nella sua prudenza. Tutto ciò avviene nell'interesse della moralità, e quindi del commercio medesimo. Rispetto al privato, una forma di obbligazione può essere o non esser valida, e ciò deriva da ordinamenti generali; come privato però sottoscrive dei biglietti al portatore, ma non fa delle emissioni bancarie: entrando in questa sfera, e il privato costituendosi *banca*, sarà soggetto alle discipline relative. Il biglietto al portatore è figlio del credito individuale, il suo valore è il prodotto della fiducia che si accorda o non si accorda alla persona che lo ha sottoscritto. Si può abusarne perchè si abusa di tutto, ma la legge penale è là per punire le frodi. Del resto il legislatore coprendo di speciale protezione le società commerciali che si reggono piuttosto come istituzioni che come persone, e quelle dette di *credito*, deve lasciare la sua piena libertà all'azione privata, finchè non offenda il diritto.

---

(1) NOUGUIER, num. 938; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Billet au porteur*: DUVERGIER, *De soc.*, num. 485; DESPRÉAUX, num. 497, BIOCHE et GOUJET, v° *Effets de commerce*, num. 25 a 28; ORILLARD, num. 457; BÉDARRIDE, num. 645, il quale dice espressamente che la materia è regolata dall'editto del 1721.

Decisioni: — Cassazione francese, 17 agosto 1812 (SIREY, vol. XIII, part. I, pag. 89); Nimes, 25 marzo 1830 (SIREY, vol. XXXI, part. II, p. 244); Bordeaux, 22 maggio 1840 (SIREY, part. II, p. 365); Riom, 17 dicembre 1841 (SIREY, vol. XLV, part. II, pag. 219).

(2) *Capacità — consenso — oggetto — causa legittima* (lib. III, tit. IV, capo I, sez. I del Cod. civ.

(3) Vedi la formula (num. 912, in principio).

(4) Mi riservo di provare più avanti con breve ragionamento a parte questa interessante proposizione (num. 915).

(5) Intendo parlare del trasferimento *della proprietà* delle merci, non del possesso.

914. *Seconda e terza ricerca.*

Il biglietto al portatore è di sua natura commerciale? Qui cominciano le difficoltà.

Rammentiamo che il *biglietto all'ordine* ha bensì una forma regolare, legale, e costituita in modo da prestarsi a tutte le combinazioni della commercialità, ma la causa commerciale dev'essere provata o dalle dichiarazioni portate dal recapito, o dimostrate al di fuori. Il biglietto al portatore è anch'esso, come il biglietto a domicilio (1), una varietà del biglietto all'ordine?

È qualche cosa di meno.

Il biglietto a domicilio, quale lo abbiamo supposto, è rivestito di tutte le forme del biglietto all'ordine, aggiuntavi una qualità che fa dubitare ch'esso appartenga ad una classe superiore, l'intervento cioè del terzo domiciliatario o trattario che dir si voglia. Non il lusso delle forme, ma la semplicità primitiva distingue il biglietto al portatore. Esso è la negazione dei principali requisiti dell'art. 273, non indicando la persona al cui ordine è indiritto il recapito, nè il valore somministrato; quindi non girata, non garanzia dell'emittente o cedente, non solidarietà; neppur l'idea del protesto.

È facile il dedurne, che il biglietto al portatore non è della natura dei biglietti all'ordine; che non ne divide le prerogative; che non è compreso nelle disposizioni degli articoli 723, nº 2, 727, nº 3, e non si prescrive che col tempo ordinario (2).

E non è titolo commerciale. Titoli commerciali sono quelli *che il Codice di commercio caratterizza come tali* (3). Al di là di questa sistemazione ci sono obbligazioni d'ogni carattere e d'ogni forma, suscettibili tutte di comprendere impegni commerciali in relazione all'oggetto o alle persone. Il Codice dispone in più luoghi di *titoli all'ordine*; di biglietti al portatore non favella. È una forma di obbligazione abbandonata al diritto comune commerciale; sotto questo aspetto noi dobbiamo esaminarlo.

Che il biglietto al portatore non possa mai sostituire la lettera di cambio, quantunque nella sua espressione in alcuni casi raffiguri la traslazione di valori da un paese ad un altro (4), è cosa per noi evidentissima. La lettera di cambio al portatore può essere nei voti dei progressisti; ma il nostro legislatore non ha voluto arrivare sin là, e ce lo ha detto apertamente (V. il nº 700). Il biglietto al portatore non è mai la cambiale; non ha gli stessi privilegi, nè la stessa virtù, come non ha gli stessi effetti giuridici nel rapporto contrattuale. Il *biglietto all'ordine* allorchè la somma è pagabile in altro luogo da terza persona (biglietto a domicilio), può interpretarsi ed essere in effetto una vera lettera di cambio (V. sopra il nº 911, in fine): il *biglietto al portatore* che non ha i requisiti del biglietto all'ordine, non può mai salire a tal grado.

915. *Della causa dell'obbligazione.*

Continuando l'esame, e posto che il biglietto al portatore non è titolo commerciale ma può inchiudere obbligazione commerciale, giova indagare, se non esprimendo il biglietto al portatore la causa dell'obbligazione, ciò formi ostacolo alla sua validità; se al debitore appartenga escludere la causa commerciale e stabilire che la causa è illecita; o al creditore incomba la prova del contrario.

Obbligazione senza causa non sussiste (5); ma non è necessario che la causa sia espressa nella scrittura (art. 1120 del Codice civile sopra citato) (6). Causa di obbligarsi non è altro che *il motivo per cui uno si determina ad obbligarsi*, e non il titolo della obbligazione (7).

(1) Vedi num. 909, 910.

(2) E non col decorso di cinque anni (art. 282); PARDESSUS, *Droit commercial*, num. 485; MERLIN, *Repert.*, vº *Billet au porteur*; NOUGUIER, num. 959; Cassazione francese, arrêt du 10 janvier 1836: « Attendu que cet art. (657) ne s'applique qu'aux « billets à ordre et aux lettres de change, tels qu'ils « sont définis et reglés par le Code de commerce « *et non aux billets au porteur* ». Altra decisione del 5 dicembre 1837 (*Journal du Palais*, 1837, p. 561); tribunale di commercio di Parigi, sentenza del 29 maggio 1843 (NOUGUIER, num. 963).

(3) Cioè aventi un carattere commerciale prefinito o preconosciuto.

(4) Ad esempio.

Firenze, 20 luglio 1800.

Buono per L. ..... pagabile al portatore nel 31 agosto prossimo in Genova presso il banchiere A. B.

N. N.

(5) « Cum nulla subest causa propter conventio« nem, hic constat non posse constitui obbliga« tionem » (Leg. 7 Dig. de pactis).

(6) È forse questo una modificazione del diritto moderno sull'antico diritto romano? Essendosi citata come decisiva la legge 25, § ult. Dig. de prob. et præsumpt. pare ragionevole la deduzione che nel diritto romano incombeva bensì a chi dell'atto volesse valersi di provare la causa della obbligazione che da esso non risultava, ma l'atto era nondimeno valido (ZACHARIÆ, tom. I, § 345; MERLIN, vº Cause delle obbligazioni, quest. di diritto, § 1; DURANTON, vol. VI, tit. III, lib. III, num. 353). Vedi anche il cap. XIV de fide istrumentorum, nelle Decretali.

(7) Quando uno dichiara di pagare a Tizio cento per essergli debitore d'altrettanti, *confessando di esser debitore*, esprime il motivo per cui — il titolo sarebbe *per ragione di prestito*, *per rate di affitto*, od altro.

Digitized by Google

Questa almeno è la teoria in cui è discesa la giurisprudenza per rendere meno imbarazzante la condizione del creditore, ma dopo non lievi contrasti, come può vedersi nella questione di MERLIN citata in una nota precedente. La confessione ammessa del debitore è sembrata sufficiente per trasferire in lui l'onere della prova contraria: cioè di non esser debitore in fatto, o non esserlo in diritto per trattarsi di causa illecita, condannata dalla legge civile e morale.

Ma quando in luogo di dire io pagherò 100 *a voi dovuti*, o simili, si dicesse, *io vi pagherò* 100, *o prometto di pagar* 100, *o di farvi pagare*, ecc. senza più, in tal caso è invalsa una opinione che, *ove l'obbligazione non sia stata sottoscritta da commerciante* (1), incomba al creditore di fare la prova della causa della obbligazione (2).

E questo che vuol dirsi di un pagherò avente una certa forma commerciale (come il biglietto al portatore) con più sicurezza si afferma in ordine alle scritture civili.

Ma io sono piuttosto inclinato a ritenere la teoria di TOULLIER (t. VI, n° 175), che sostiene in ogni caso prevalere la *presunzione della causa sufficiente.*

Io accetto questa dottrina. Tanto più l'accetto pei biglietti al portatore, perchè nella stessa sua forma sta inchiusa la confessione di un debito; e di un debito che ha qualche cosa di privilegiato o d'urgente.

Ciò diciamo quanto alla *esistenza di una causa lecita:* al confesso il dimostrare il contrario. Non così rispetto alla *causa commerciale*, se l'obbligato non è un commerciante. Siccome in questo caso la presunzione è contro di lui, così milita a suo favore la presunzione contraria non essendo commerciante.

Le altre distinzioni son sottili fin troppo. Chi si obbliga a dare o a fare, si obbliga perchè è debitore. Alcuni hanno dubitato che sotto la forma incerta ed equivoca si nasconda una *donazione*, e ne reclamarono le rigide formalità. Ma la donazione è l'atto a cui gli uomini si prestano più raramente, e non si presume giammai. Chi dona non comincia dal dire — *io mi obbligo* — sono termini ripugnanti.

916. *Biglietto di cambio, e di alcune altre specie.*

Del biglietto di cambio tacque il Codice francese e tace il nostro, rampollo anch'esso di quella stirpe. Forse in segno di proscrizione? No, ma perchè da lungo tempo questa forma, poca usata, cessò d'interessare il legislatore, e secondo disse DUVERGIER al tribunato. « Le Code de commerce ne fait pas « mention des billets de change, et son si- « lence, qui n'indique pas la volonté de les « exclure et de les proscrire, n'aura d'autres « effets que de ranger ces sortes de billets « dans la classe des promesses et des billets « ordinaires, dont la force et les effets sont « determinés *par la forme dans laquelle sont « rédigés* ».

Il *biglietto di cambio* è il corrispettivo di una lettera di cambio che ci è stata consegnata (3), o inchiude la promessa di fornire una lettera di cambio (4). Il biglietto di cambio, come ben disse il prof. BOCCARDO, è succursale della cambiale.

Biglietto di premio. « È l'obbligazione che contrae l'assicurato verso l'assicuratore, promettendogli il prezzo di assicurazione » (BOCCARDO).

Biglietto di riscatto. « È l'atto sottoscritto dal capitano di una nave catturata e dal corsaro catturante, nel quale le parti inscrivono le condizioni alle quali hanno pattuito il riscatto delle cose predate. Questo biglietto serve, ove occorra, al capitano come salvaguardia contro altri catturanti della stessa nazione » (5).

Mandato.

Oggidì è in gran favore un modo di convenzione che può chiamarsi *mandato di pagamento*, che si denomina *chèque*, del quale mi occupo nella prima Appendice a questa Parte prima anche in relazione al nostro sistema cambiario. Ma quello che in qualche città della Francia chiamavasi *mandato*, era un'altra cosa. Era in sostanza una lettera di

(1) Poichè la qualità della persona è argomento legale della qualità del negozio.

(2) La distinzione si trovò coltivata nelle discussioni del Codice civile fatte avanti al Consiglio di Stato. DURANTON (luogo citato) vi applaude e la segue. PIGEAU e DELVINCOURT sono dello stesso avviso.

(3) Formola.

A due mesi data pagherò all'ordine del signor P. *la somma di..... per la lettera di cambio sul sig.* Q. *di Roma che il detto sig.* P. *mi ha fornita.*

N. N.

(4) Formola.

Nel giorno..... ho ricevuto dal sig. P. *contanti* (o in altra maniera) *la somma di..... per la quale gli prometto fornirgli una lettera di cambio pagabile a suo ordine in Roma per mezzo del sig..... entro due mesi.*

N. N.

(5) Bastino questi cenni: la spiegazione nella Parte II dell'opera.

cambio per piccoli valori e a corta scadenza (NOUGUIER, nº 949 e seg.). *Mutato nomine*, si voleva sfuggire all'accettazione, e alle altre formalità della cambiale. È più facile vietare il giro, ponendo la clausola di *non accettazione* (V. il nº 769). Questa forma nuova era stata condannata (Corte di Rouen, 30 luglio 1825; SIREY, vol. 27, p. II, p. 78). Nell'epoca della riforma cambiaria il deputato LEFEBVRE ed altri presentarono alla Camera il seguente emendamento. « Lorsque la lettre de change est « qualifiée *mandat de change* dans le corps du « titre, l'acceptation ne peut être exigée, et « le mandat de change ne peut être protesté « faute d'acceptation ». L'emendamento venne respinto.

SEZIONE II.

Dei biglietti all'ordine in derrate.

Articolo 275.

I biglietti all'ordine in derrate devono contenere

La data;

La qualità e la quantità della derrata da consegnare;

Il nome e il cognome della persona, all'ordine della quale deve farsi la consegna;

Il nome, il cognome e la residenza di colui, al quale l'ordine è diretto;

Il tempo in cui la consegna deve farsi;

La valuta, come nelle cambiali.

Articolo 276.

Le disposizioni relative alle lettere di cambio, che secondo l'articolo 274 sono comuni ai biglietti all'ordine in danaro, si applicano anche ai biglietti all'ordine in derrate.

Articolo 277.

I biglietti in derrate possono essere tratti sopra una persona e pagabili presso un'altra.

Possono essere tratti per ordine e conto di un terzo.

Articolo 278.

I biglietti in derrate non possono essere tratti a tempo indefinito, ma soltanto a tempo determinato.

Quando siavi patto contrario, il biglietto è riputato semplice obbligazione, ancorchè sia sottoscritto da commercianti.

917. *Osservazioni.*

a) *Scopo dei trascritti articoli, e requisiti essenziali del biglietto all'ordine in derrate*

b) *Qualità e quantità delle derrate;*

c) *Residenza di colui al quale l'ordine è diretto;*

d) *Espressione della valuta;*

e) *Tratta sopra terzi; o all'ordine, o per conto di terzi;*

f) *Tempo indeterminato.*

Digitized by Google

917. « Questa sezione, che non trovasi nel Codice francese, nè in quello pel regno di Sardegna, fu tolta in massima dal Codice di commercio del già regno delle Due Sicilie, ma con numerosi complementi e modificazioni ».

« Il biglietto all'ordine in derrate è essenzialmente diverso da quello in danaro, non solo per la diversità dell'oggetto, ma ancora perchè può esser *tratto*, cioè esprimere un ordine diretto da una persona ad un'altra a favore (ad ordine) di una terza, come nella cambiale; se non che, non essendovi disposizione in contrario, il biglietto in derrate può esser tratto sulla stessa piazza. Anzi, stando alla lettera della legge, il biglietto in derrate parrebbe non poter esser che tratto; ma il quarto requisito non può esser di rigore; giacchè è impossibile intendere che il legislatore abbia voluto escluder la promessa di consegnar la derrata, fatta dallo stesso autor del biglietto.

« Esso deve indicar la *valuta* come nelle cambiali (o nei biglietti all'ordine in danaro); dunque basterà che esprima il genere del valore ricevuto (in merci, in contanti, ecc.), e non già la cifra del prezzo » (1).

a) Di commissioni, ordini ed obblighi di consegnar derrate (2) se ne son fatti sempre; e certo la legge non ha voluto introdur novità ma creare maggiore facilità al movimento dei titoli col mezzo dei quali si vendono e si consegnano le cose in commercio, in armonia alle analoghe disposizioni sulle lettere di vettura, fatture e polizze di carico.

Vi sono *requisiti essenziali* designati nell'articolo 275. E dell'esser loro fa fede la formola iniziale — *i biglietti*..... DEVONO *contenere*. È lieve il dedurne, che la mancanza di alcuno di tali requisiti, senza rendere inefficace il biglietto, lo spoglia delle sue prerogative cambiarie; e ne andrebbero escluse — *l'obbligazione in solido* — *l'avallo* (pure in solido), *il pagamento per intervento*, *il protesto*, *il ricambio e gl'interessi*. Diritti che l'articolo 276 accomuna a quelli guarentiti dall'articolo 274, alla condizione però che le prescrizioni dell'articolo 275 siano osservate.

b) *Qualità e quantità delle derrate.* Codeste condizioni unite tengono luogo della *somma* che dee pagarsi nei *biglietti all'ordine in danaro*.

c) *Residenza di colui al quale l'ordine è diretto:* affinchè sia ben noto e ben chiaro dove ed a chi devono domandarsi nel dì della scadenza le derrate e le merci. Non essendovi di mezzo *accettazione*, il datore del recapito è il solo che deve e può fissare il domicilio della consegna. Non indicato o male espresso, non porta, a mio giudizio, l'annullamento del titolo (3): ma il prenditore leva il protesto e fa cadere tutte le conseguenze sul debitore al paro di una lettera di cambio, e forse con più rovina.

d) *Valuta.* È il fatto fondamentale che stabilisce la proprietà del titolo, e lo toglie dalla classe dei semplici mandati a tutto rischio e comodo del mandante.

È il corrispettivo che in qualunque modo contribuito (*in danaro*, *merci*, *in conto*, ecc.), rappresenta il prezzo dell'acquisto, o la sua causa giuridica.

e) *I biglietti in derrate possono esser tratti sopra una persona, e pagabili presso un'altra, ed anche all'ordine e conto di un terzo* (articolo 277), riassumendo ciò che ritenevasi proprio della lettera di cambio (art. 197) (4). E tuttavia non eccedono la loro natura di *biglietti all'ordine*. Molto probabilmente il contratto sarà stabilito in un luogo, e la consegna degli effetti si farà in un altro, ed anche lontano. Ciò nonostante, per l'indole loro sostanzialmente diversa, i *biglietti in derrate* non passano mai in *lettere di cambio*, siccome avviene dei *biglietti all'ordine in danaro* (n° 910). Noi risparmiamo alla trasmissione dei valori ideali quel potentissimo dei mezzi di circolazione; o perchè il trasporto delle cose materiali non abbia per noi uguale interesse; o

(1) Parole dell'avv. LISSONI, delle cui osservazioni ho lodata più d'una volta la opportunità, deplorandone la parsimonia (Annotazioni al Titolo della lettera di cambio, Milano, libreria Navallo, 1866).

(2) Dico per iscrupolo d'esattezza che la voce *derrate* può esser benissimo adoperata per opposto di *danaro* o valore rappresentante danaro, materia delle lettere di cambio e dei biglietti all'ordine (così TOMMASEO e BELLINI, nel gran *Dizionario*, che vale qualche cosa, *perchè in Italia*, se a Dio piace, *la lingua c'è*. Non posso però non avvertire, che il redattore del Codice di commercio ha sentito in altro luogo il bisogno di distinguere *derrate da merci* (articolo 2). Nell'uso difatti la differenza esiste, e non piccola, indicandosi per *derrate* piuttosto *i frutti delle possessioni* (il che non è sfuggito nè poteva sfuggire ai sommi letterati che compilano il Dizionario) che le mercatanzie.

(3) Sendovi fra le formalità *sostanziali* miste altresì alcune *accessorie* come si avvertì altrove.

(4) Esaminando quell'articolo, abbiamo date le più larghe spiegazioni di tali formole.

piuttosto diversa essendo la natura dell'operare cambiario. I *biglietti all'ordine in danaro*, versando sulla materia generale del credito, facilmente e giusta l'importanza loro prendono il grado di lettera di cambio: il *biglietto in derrate* non ha elementi omogenei, nè può succedere alle sue funzioni.

Da sì varia natura di fatti nasce un'altra riflessibile conseguenza. Che la distanza dei luoghi non esercita veruna influenza sul carattere giuridico del *biglietto in derrate*, la tratta da luogo a luogo, giusta l'articolo 277, non essendo che accidentale; quindi si può trarre su persona abitante la stessa città, lo stesso borgo, nè perciò si degrada come la cambiale, nè degenera *in semplice obbligazione.*

f) A questa condizione è condannato il *biglietto in derrate* allora soltanto che il tempo alla consegna sia posto in modo *indeterminato* (articolo 278). Oltrechè l'interesse del legislatore va diminuendo nella indecisione stessa delle parti, è facile vedere che l'indeterminato sconvolge il meccanismo: la scadenza, il pagamento, il protesto di rigore, ecc., non hanno più senso.

Quando siavi patto in contrario: ossia quando il tempo non è definito (non conosco altro patto contrario) (1), *il biglietto è riputato semplice obbligazione.* Il creditore della merce non ha più gli stessi obblighi da adempiere; non è più sostenuto dalle stesse garanzie. La carta ha potuto girare liberamente, ed ha forse prodotto il suo principale effetto. E che significa — *ancorchè sia sottoscritto da commercianti?* Si è voluto soltanto toglier di mezzo il dubbio che la qualità di commerciante non si credesse privilegiare il *biglietto all'ordine* in tutte le sue conseguenze? No: esso non è più che una obbligazione, *semplice* se vuolsi, rapporto alle ampie guarentigie che fornisce un biglietto all'ordine: *obbligazione commerciale* nondimeno.

Articolo 279.

Giunto il termine fissato nel biglietto, è in facoltà del possessore di farlo eseguire mediante il caricamento della derrata per terra o per acqua, ovvero mediante il trasporto di essa in altri magazzini o luoghi di deposito.

Egli può per suo conto e a suo rischio ritenerla, oltre il tempo espresso nel biglietto, nei magazzini o luoghi di deposito ove la stessa si trova, quando ciò sia conforme agli usi locali.

Articolo 280.

Il possessore del biglietto in derrate, che non ne ha curato a tempo debito l'esecuzione, conserva i suoi diritti soltanto contro l'accettante; il traente ed i giranti sono liberati.

Articolo 281.

La stima del prezzo della derrata non consegnata è regolata, quanto all'indennità ed al rimborso, secondo il corso di piazza nel luogo dove la consegna doveva eseguirsi e non fu eseguita, e nel tempo della richiesta fattane dal possessore del biglietto entro il termine convenuto.

918. *Sull'articolo* 279. *Diritti del possessore delle merci che non ha potuto consegnarle.*
919. *Sull'articolo* 280. *Condizione in cui si trova il possessore del biglietto che non si è prestato alla richiesta e agli atti di ragione in tempo debito.*
920. *Sull'articolo* 281. *Diritti del possessore del biglietto che ha fatto quanto doveva e vuol liquidare il prezzo.*

(1) Per esempio *a vostro piacere io sarò per consegnarvi...* E deve anche dirsi dei termini dipendenti da condizione (*dies incertus*). — Esempio: *Tosto che avrà approdato al porto di Genova la nave A, proveniente da... io mi obbligo di far consegnare a voi o a chi per ordine vostro i 200 barili di salumi viaggianti su quella nave.*

Digitized by Google

918. L'articolo 279 si propone di tutelare il diritto del venditore che ha rilasciato l'ordine di ricevimento, o del suo incaricato che tiene già pronte le merci nel luogo destinato, mentre nel giorno fissato niuno si presenta a riceverle. Avendo il venditore rilasciato il biglietto all'ordine sotto una forma qualunque, ha pure ricevuto il prezzo. Resta ora a sapersi come possa liberarsi dall'ingombro delle mercanzie e dalla responsabilità che lo aggrava. La legge propone vari espedienti senza farne uno stretto comando; il venditore sceglierà il mezzo più prudente e ragionevole secondo le circostanze. O conservi le cose nei suoi magazzini, o più sicuramente le collochi in qualche pubblico deposito, sarà sua cura d'intimare prontamente al compratore il luogo ove attualmente le cose si trovano a di lui rischio e pericolo, e donde potrà liberamente levarle. L'affare del *caricamento* è alquanto più riflessibile. Ciò suppone l'invio della merce al compratore medesimo. Ma non è sempre ben inteso di fronte ad un titolo circolante, che non può sapersi in qual mano siasi fermato. Se si reputa compratore, e il venditore è prossimo, conosciuto, ha il rimedio legale dell'*offerta reale* (articoli 902 e segg. del Codice di procedura civile).

Chiunque ha assunto l'incarico di far la consegna, è nella condizione medesima, se non che deve tenerne conto verso il proprio mandante, notificando anche a lui lo stato delle cose.

919. L'articolo 280 non più del *possessore delle derrate*, ma viene a parlare del *possessore del biglietto* che *non cura a tempo debito la esecuzione*. Difettoso alla interpellazione, al protesto e agli altri atti che la legge impone per salvaguardia delle sue guarentie, egli si trova nella posizione di qualunque creditore cambiario decaduto, ristretto alle sue azioni contro l'*accettante*.

Vi può esser dunque un *accettante*, nonostante che in tema di *biglietti all'ordine* sia sembrata estranea questa fase correlativa alla operazione cambiaria.

Veramente l'accettazione non è un *fatto organico*, proprio ad un meccanismo e incompatibile con un altro, ma piuttosto un fatto naturale che nasce dall'addizione di qualche terzo che assume il debito; ed al creditore è sempre utile cosa. Quando noi ammettiamo, rapporto al *biglietto in derrate*, tutto quel movimento che è proprio di una cambiale, e che vi siano dei terzi prestantisi alla esecuzione della obbligazione, si trova molto semplice che un compratore qualunque, che deve ricevere la merce da Tizio, si assicuri dell'adesione di lui; e se Tizio promette (non nel nome altrui, ma nel proprio) di adempiere all'impegno, *ecco un accettante* (1). È uno che assume in sostanza l'obbligazione, e commercialmente non può sottrarsene, o *abbia sottoscritto in tale qualità il biglietto*, o ne abbia fatta promessa; ed io ritengo, *non essendo nel presente caso applicabile il disposto dell'articolo* 209, bastare l'accettazione in una forma qualunque.

In siffatta combinazione, al tutto naturale, quegli che ha diritto di ricevere le merci e lascia passare il termine utile al protesto, *conserva i suoi diritti soltanto contro l'accettante*, dice l'articolo 280, ritenuto che l'accettante abbia assunta l'obbligazione in proprio nome come terzo, come debitore del traente. È quella stessa novazione misurata entro certi limiti, che si verifica eziandio nelle lettere di cambio quando interviene un terzo ad accettare la tratta, o è qualche massima nuova che ci annuncia l'articolo 280? Mantiene la sua applicazione l'articolo 256 e in questo momento vuol dirsi abolito? La espressione del testo è molto sciolta: *il traente e i giranti sono liberati*. Per verità un richiamo all'art. 256 si sarebbe trovato opportuno; ma non avendolo fatto il testo, lo farà la ragione. — Come potrebb'esser liberato il traente che promise al credulo accettante d'inviargli le mercanzie in tempo debito, e non ci ha mai pensato? Questo solo riflesso convincerà ognuno che il traente è sempre tenuto, malgrado il difetto del protesto, quando non provi di aver dato in un modo qualunque all'accettante i compensi necessari che altrove fummo soliti chiamare *la provvista dei fondi*.

920. L'articolo 279 e il 280 suppongono insieme che il possessore del biglietto non siasi presentato a ricever le merci nel giorno della scadenza, e considera il caso sotto il duplice aspetto del possessore della merce, in quanto gli si offrono mezzi di liberarsene senza danno; e del possessore del biglietto per negligenza decaduto, in quanto gli viene compitato il diritto che può ancora esercitare. L'articolo 281 contempla il caso opposto. Suppone che il possessore del biglietto *abbia fatta la richiesta*

(1) Che l'articolo 280 addita, non senza una certa sorpresa, perchè dopo le discussioni sui biglietti all'ordine non si parlava più nè di accettanti nè di accettazione.

nel termine convenuto (1); alla quale richiesta non siasi dato la risposta ch'era in diritto di avere. Non essendosi dunque effettuata la consegna *delle derrate*, o la loro qualità non essendo conforme al convenuto, non può più trattarsi che *della indennità e del rimborso*, di cui sono elementi il *prezzo* della merce, i danni e gl'interessi.

Se il possessore del biglietto fa il protesto, potrà valersi dei suoi diritti verso il traente e i giranti, abbandonato l'accettante; ma contro qualsivoglia egli eserciti le azioni, la legge gli scrive una regola che è buona per tutti. Ora la legge pone al calcolo del *prezzo* due basi perfettamente giuste. *Il luogo*, ove le cose doveano consegnarsi; *il tempo*, quello in cui la richiesta è stata fatta: *entro il termine:* che significa alla scadenza (2). Sostituendosi il diritto al fatto, si finge che il possessore del biglietto abbia ricevute le robe appunto in quel giorno. Cosa valevano in quel giorno *secondo il corso di quella piazza?* Ecco tutto. Quante volte gli speculatori accorti, annasando l'alzata dei prezzi, fanno sparire il genere e ricorrono a sotterfugi d'ogni maniera! Si potrebbe chiamare un fenomeno unico, che non si consegni un genere ribassato di prezzo. Chechessia, la legge pone una norma indeclinabile eccettochè la convenzione non regoli l'ammontare del danno.

Ma noi vediamo che il possessore del biglietto conserva sempre le sue azioni contro *l'accettante*. Se non a scadenza o *entro il termine*, ma molto dopo, venga richiedendo la consegna, *quid juris* rapporto al valore, ossia al prezzo delle cose?

Tizio non si curò molto di ritirare il grano dai magazzeni di Caio nel 20 agosto dello scorso anno, essendo quel genere in grande ribasso. Ma nel corrente anno, migliorato d'assai il mercato, domanda gli sia consegnato il grano. Se Caio consegna a Tizio la stessa quantità, dà un valor maggiore, perchè oggi il grano costa di più. Ebbene, egli risponde che non darà più la stessa quantità, ma soltanto quella che corrisponde al valore del grano riportato al 20 agosto dell'anno avanti. Oppure non consegna, e si tratta di liquidare il prezzo, e Caio si fonda nel prezzo corrente.

A prima vista sembra che Caio abbia ragione, ma non conviene fermarsi all'apparenza. È una questione di danno che Caio verrebbe a soffrire per colpa di Tizio: è questa la sua tesi. Due cose però devono stabilirsi: 1° se Caio era in mora della consegna; 2° se avrebbe potuto liberarsi da ogni responsabilità mettendo a disposizione del creditore le cose che era in obbligo di consegnargli. Se Caio era in mora, il deperimento o la perdita totale delle cose ricadevano su di lui, secondo le note regole di ragione; del pari se ritenendo le cose non sue, queste crebbero di valore per le vicende del commercio, egli deve pure consegnarle quando gliene sarà fatta espressa domanda, nè potrà lucrare sull'aumento.

È certo che Caio doveva consegnare nel 20 di agosto cento moggia di grano a chiunque gli si presentasse possessore del biglietto all'ordine. Niuno si è presentato. E che ne ha fatto di quel grano? Lo ha ritenuto ne' suoi magazzini: non ha inviata al creditore intimazione di sorta; oppure se n'è valso e lo ha venduto. Egli doveva mettere il grano a disposizione del creditore, e mediante l'offerta reale, se conosceva l'attuale possessore del biglietto, o cogli altri mezzi suggeriti dall'articolo 279. Nè varrebbe opporre che il possessore del biglietto ha mancato al debito della presentazione nel giorno della scadenza. Egli ne è stato punito, perdendo le azioni verso i suoi giranti; ma la eccezione, rapporto al trattario-debitore, è *de jure tertii*. Il debitore è sempre debitore; e se non possiede più il grano, deve renderne il valore *attuale;* al che non fa ostacolo l'articolo 281, leggermente concepito, e che si limita ad un solo caso.

(1) L'articolo 279 usa l'espressione — *giunto il termine fissato* — perchè ivi si attribuiscono al possessore delle merci facoltà esercibili *dopo il termine*, ossia dopo la scadenza; ora vediamo per qual motivo l'articolo 280 si esprime in modo diverso.

(2) Se prima della scadenza, *cum adhuc non venerit dies*, è chiaro che la sua domanda era illegittima.

Digitized by Google

CAPO III.

DELLA PRESCRIZIONE

Articolo 282.

Le azioni relative alle lettere di cambio ed ai biglietti all'ordine, che non sono semplici obbligazioni, si prescrivono col decorso di cinque anni dal giorno del protesto, e se non vi fu protesto, dal giorno della scadenza.

La prescrizione non è interrotta, se non quando vi è stato un riconoscimento del debito per iscritto separato o una domanda giudiziale non perenta.

Nondimeno quegli cui fosse opposta tale prescrizione, può valersi del disposto dall'articolo 2142 del Codice civile.

Articolo 283.

La prescrizione enunciata nel precedente articolo corre eziandio contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, e contro i minori non emancipati e gli interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore.

921. *Fondamento razionale di questa prescrizione. Si presume il pagamento.*
922. *Speciale natura di essa presunzione rapporto al sistema statuito nel Codice civile, e alla qualità della prova contro di essa esperibile.*
923. *La prescrizione è un rapporto privato; nè alla eccezione non dedotta può supplire il giudice d'ufficio.*
924. *Affinchè si abbia questa prescrizione* sui generis, *è d'uopo che il credito sia fondato nel titolo cambiario.*
Si osservano diverse posizioni riferibili alla operazione del cambio, a concluderne, se le azioni di credito che ne derivano, siano colpite dalla prescrizione quinquennale.
925. *Decorrenza del termine.*
926. *Cause impedienti la prescrizione.*
Prima specie. Impedimenti derivanti dal titolo o intrinseci.
Seconda specie. Forza estrinseca. Rinvio.
Terza specie. Impedimenti prodotti dal fatto del debitore.
927. *Della interruzione della prescrizione.*
Prospetto del Codice civile. Dei mezzi d'interruzione preordinati dal Codice di commercio. Esula da questi la intimazione del protesto tardivamente fatto.
928. *Indipendenza dell'articolo 282 dai dettati del Codice civile. Modificazioni suggerite dall'operare proprio della legge commerciale.*
Domanda giudiziale. — Se il sequestro conservatorio abbia virtù interruttiva, e a quali condizioni.
929. *Riconoscimento del debito. Se possa equivalere a rinunzia del diritto di prescrizione.*
930. *L'atto dev'essere scritto e separato. — Perchè si esclude la prova testimoniale.*
Significazione dell'atto separato: è principalmente una relazione di tempo.
931. *Estensione del concetto. —* Atto di riconoscimento. *— Non è specificata la forma dell'atto. Può derivare dallo stesso creditore attestante il fatto del debitore.*
932. *La prescrizione quinquennale interrotta può essere seguita da un nuovo corso prescrittivo durevole trent'anni.*

Digitized by Google

Ciò avviene se vi ha estinzione del titolo cambiario e novazione. Esame di principii e dottrine.

933. *Varie applicazioni in materia di obbligazioni in solido.*

934. *Della sospensione della prescrizione, e delle diverse cause che possono produrla e meritano esame.*

a) *Professione militare;*
b) *Minore età;*
c) *Relazioni giuridiche impedienti;*
d) *Fallimento del debitore;*
e) *Forza maggiore.*

---

921. A me non appartiene l'entrare in profonde disquisizioni sul diritto della prescrizione. Io non faccio che rammentare la splendida introduzione di TROPLONG al *Trattato della prescrizione*, e osservo che per istabilire la sua base *sulla equità*, com'egli la chiama, ha dovuto principalmente occuparsi della prescrizione *acquisitiva*, pressochè trascurando *la liberativa*, alla quale guari non convengono gli stessi principii. Osservo inoltre: che passando com'egli fa dal possesso di buona fede al possesso di mala fede, capace pur esso, secondo le nostre leggi, della prescrizione lunghissima, si vede il suo discorso cangiare il punto d'appoggio, e abbandonando il diritto originario di occupazione, che bene si applica ad un possesso di buona fede, giustificare la legge da considerazioni d'ordine pubblico e sociale, da motivi estrinseci, da ragioni politiche.

E noi discendendo alla prescrizione quinquennale dell'articolo 282 non abbiamo per verità altro terreno sul quale posare sicuramente il piede. Quel lavoro lento, continuo, di trasformazione, che l'operosità del possessore viene producendo nell'ordine dei fatti e nella pubblica coscienza, non si manifesta affatto nella prescrizione quinquennale, puramente negativa e liberatoria.

Il legislatore è guidato dalla logica del fine; le azioni lungamente sospese gettano la confusione nei negozi, la incertezza nei diritti; il legislatore commerciale vuol guarantire il commercio da tale pericolo: ecco il suo scopo. L'energico, e quasi si direbbe, nervoso temperamento del Codice di commercio spiega in ogni sua parte lo spirito di attività e il movimento ch'esso medesimo ritrae dal mondo degli affari; ed esso crede in quella medesima attività come un fatto costante, e ne deduce questo corollario della esperienza — che un commerciante non tace cinque anni se non è stato pagato. Il legislatore ne è convinto. Ma a differenza della prescrizione dei trent'anni, alla quale è attribuito il carattere estintivo, la nostra legge, fermandosi alla soglia della presunzione, ammette la prova contraria.

922. *Carattere di questa presunzione.*

Il Codice civile fa delle presunzioni due grandi classi, e, conforme alla scienza, discerne le presunzioni legali da quelle dell'uomo. L'articolo 282 del Codice di commercio crea *una presunzione legale*, da giudicarsi coi principii della legge civile.

Non tocca a me, almeno per ora, di sottoporre ad analisi questo istituto della legge civile per bene intendere il nesso delle disposizioni. Dirò solo, che la stessa *presunzione legale*, sotto l'aspetto probatorio, si suddivide. Ogni presunzione legale ha *in sè la sua prova:* questo è il principio comune (articolo 1352). Chiamansi modestamente *presunzioni*, non essendo fatti necessari in natura, ma concezioni del legislatore. Tal è pure la cosa giudicata che si reputa *verità;* e può anch'essere un errore. Vi hanno presunzioni legali indiscutibili; altre suscettive di prova contraria. *La presunzione legale*, di cui ora parliamo, è contemplata nell'articolo 1353. È di quelle *sul fondamento delle quali si nega azione in giudizio*. L'azione della cambiale e del biglietto all'ordine *non è estinta dopo cinque anni*: ma inesercibile. Vi è un mezzo per ravvivarla: ottenere una confessione giurata dal debitore.

È questo il sistema che riassume le sue condizioni dai combinati disposti della legge civile e di commercio, quando si consideri nel punto di vista complessivo e razionale. Intanto l'articolo 282 ha la sua esistenza propria e la sua causa peculiare nella natura di questo rapporto speciale. Ammette la prova contraria in relazione al detto articolo 1353, ma circoscrive la *qualità della prova* e l'*oggetto.*

L'*oggetto* della prova non può essere che quel fatto medesimo sul quale la legge stabilisce la prescrizione. Suppone il pagamento: si dimostri adunque che il pagamento non è stato eseguito in alcun modo. Non però con un mezzo qualunque, *ma mediante il giuramento decisorio* del debitore.

Ed è anche questa una specialità degna di riflesso. La legge normale ordinando il sistema delle prove, suole demarcare profonda-

Digitized by Google

mente le scritturali dalle verbali, ma una volta accordate le verbali, ne lascia l'arbitrio alle parti, e l'estimazione al giudice. Quindi si è penato ad intendere come, verbigrazia, la prova testimoniale dovesse in questo caso venir reietta: la prova testimoniale che nelle contestazioni di commercio è di diritto comune. Si è osservato, e fin qui con ragione (Bédarride, n° 729), che la prova del giuramento è dell'ordine delle verbali; e in principio, l'ammissibilità del giuramento decisorio suppone l'ammissibilità della prova testimoniale. Evidentemente siamo in presenza di una limitazione senza esempio nell'ordine delle prove.

Intanto la prova scritturale è la base della dimostrazione, benchè regolata. Se il creditore dimostra che *il debito è stato riconosciuto con atto separato* (di ciò più avanti), la sua replica è legalmente stabilita. E così è osservato l'ordine naturale probatorio. L'ultima parte dell'articolo 282 suppone che la prova scritta non esista: e allora, fra le verbali, non si ammette che il giuramento.

Ed è ragione. L'antico creditore ha contro di sè il decorso del tempo legale; e non gli è permesso in tale stato di cose di fare al suo avversario una posizione difficile imbrogliando la questione con testimoni; egli non ha più altro scampo che la coscienza del suo avversario. La via del giuramento è pronta e decisiva: la formola dev'essere la più semplice; *che si è pagato:* il giudice deve mantenerla nei limiti strettissimi dell'articolo 2141 del Codice civile. Il mezzo è coerente allo scopo, essendo nel voto della legge che il fatto si decida prontamente, risolutamente, e con una sola parola.

923. La prescrizione è sempre un rapporto privato nelle idee moderne. Questo vero giuridico si afferma non solo di una prescrizione *brevioris temporis*, dedotta per cause che possono dirsi eccezionali, ma eziandio di quelle che non si compiono che nello spazio di trent'anni. « Il giudice non può supplire d'ufficio alla prescrizione non opposta » (articolo 2109 del Codice civile). Tale divieto fatto al giudice non è l'argomento più favorevole alle grandi teorie (il trionfo dell'attività e del lavoro sul diritto della proprietà inerte) che farebbero della prescrizione una specie di conquista sociale. Noi abbiam detto da principio che non potendo questo sistema applicarsi che alla prescrizione attiva e non alla passiva, dovrebbe di necessità rimanere imperfetto; o dovrebbero inaugurarsi diversi ordini d'idee secondo la varietà del soggetto prescrittibile. Meno che mai la prescrizione a breve tempo potrebbe produrre una sì radicale trasformazione. Se il debitore, dopo il trascorrimento dei cinque anni, confessa il debito, gli dovrà esser impedito? E se tace e diverge ad altre eccezioni, o non ne solleva alcuna, o non comparisce e si tiene contumace: e non si vale insomma della eccezione della prescrizione, è uomo che non ha coraggio di farlo perchè sa di aver il debito. Il giudice deve rispettare questo silenzio che forse deriva dalla onestà dell'animo. La spada del giuramento pende sul capo di quel debitore che, deciso di non macchiarsi di uno spergiuro, sente la inutilità della eccezione.

Il nostro Troplong che ha detto tante belle cose sulla giustizia intrinseca della prescrizione, non approva questa fiacchezza delle leggi moderne: per lui la prescrizione dovrebbe operare di pieno diritto (1). E anche qui noi decliniamo di seguirlo, restringendoci al tema nel quale le teorie del diritto quesito non possono far buona prova per angustia di spazio; oltredichè la facoltà attribuita al creditore di fare la prova contraria mediante il giuramento del debitore, non permette di considerare la prescrizione cambiaria che sotto l'aspetto di un rapporto meramente privato. Tuttavia, come risposta generale, potrà osservarsi, che il giudice non impone la sua autorità se non richiedente l'interesse generale, quando il dissimulare l'ostacolo che sorge dalla natura intima del diritto comprometta l'ordine pubblico che il legislatore ha voluto tutelare sopra ogni cosa; o quando si tratti di un fatto già proposto alla cognizione del giudice ch'egli ha la coscienziosa missione di verificare, onde può ordinare prove d'ufficio. Qual è il concetto di Troplong? Io non vorrei, egli dice, che il giudice dichiarasse la prescrizione malgrado la volontà del debitore: questo no; ma che quando il debitore oppugna il debito senza allegare la prescrizione, il magistrato possa venire in suo soccorso e decidere la causa per codesto motivo, per moto suo proprio, e, come dicesi, d'ufficio. Ma è chiaro che valendosi di altre difese, il convenuto declina volontariamente da quella della prescrizione; che il giudice non è chiamato a rispondere di questa eccezione: nè posso intendere come da simile stato accidentale del processo, potesse scaturire un movente d'interesse generale.

---

(1) *De la prescription*, num. 24 a 27.

924. Ora conviene stabilire che il credito dev'essere fondato nel titolo privilegiato affinchè l'azione che ne risulta vada a perimersi nel corso di cinque anni.

È singolar cosa, eppure naturalissima, che la eccezione della prescrizione inverte il sistema e gli elementi della difesa; essendo nell'interesse dell'eccipiente sostenere la legittimità e verità del titolo cambiario, e i privilegi della posizione del creditore; laddove il creditore, per vincere la eccezione, sosterrà o che il suo titolo non aveva quella natura privilegiata, o ch'egli si trovava in uno stato giuridico non protetto dalla legge del cambio. Checchessia della loro tattica, a noi spetta ricercare il vero.

I titoli privilegiati che essendo più forti finiscono più presto (come certe nature energiche fra gli uomini), sono bene indicati — *le lettere di cambio* — *i biglietti all'ordine* (1). Vi comprendiamo adunque i *biglietti a domicilio*, escludiamo quelli *al portatore*, secondo le cose lungamente discorse su quei subbietti ai num. 909 e 912.

Alauzet si fece a guardare se il *biglietto al portatore* non dovesse a questa classe rassegnarsi quando era ritenuto contenere obbligazione commerciale. L'autore crede debba esser così, ma lealmente riconosce che la opinione contraria è generalmente adottata (2). La causa commerciale non influisce *sulla natura cambiaria del titolo*.

Le lettere di cambio imperfette o *semplici obbligazioni* (articolo 198) non attribuiscono al debitore questo diritto. È giurisprudenza comune (3), ed è sancito nell'articolo 282.

Ma ferma la qualità del titolo (su che poca disputa può farsi) nasce talvolta ragione di dubitare sulla posizione in cui uno va a trovarsi nei vari momenti del processo cambiario.

Qui prendiamo il testo. *Le azioni relative alle lettere di cambio ed ai biglietti all'ordine*, ecc. Ma quali sono le azioni *relative?* Quelle che riguardano il pagamento, od altre ancora che derivano dagli incidenti della operazione cambiaria; diritti nati nella occasione e nello sviluppo di quella? Noi rammentiamo senza dubbio che la prescrizione quinquennale, rapporto al creditore, è un limite, una restrizione di facoltà, una attenuazione di diritti in confronto della legge comune che permette l'esercizio della azione pel corso di trent'anni. Vediamo qualche caso.

a) Il trattario che, senza aver ricevuta la provvista, ha eseguito l'incarico ed ha formato un credito verso il traente, non deduce la sua azione dalla lettera di cambio, ma da un fatto estraneo, e non è costretto dalla prescrizione quinquennale. È una conclusione ritenuta da molti autori (4), ed è giusta. Difatti l'accettante, in forza della lettera di cambio, *non ha che obbligazioni*. Possono competergli azioni d'indennità verso il traente o verso altri secondo le convenzioni, ma le cause del suo diritto sono sempre attinte a rapporti particolari che si trovano *fuori del documento cambiario* (5). È anche più facile riconoscere questa posizione nel semplice trattario per il quale la lettera di cambio è un fatto di terzi.

b) L'azione di rimborso che appartiene a chi ha fornito i fondi al trattario per pagare una cambiale, non è soggetta alla prescrizione quinquennale (6).

c) È opponibile la prescrizione dal traente al terzo che per ispontaneo intervento ha pagato la lettera di cambio?

Qui le opinioni si dividono. Non è opponibile, secondo alcuni, non essendo questo terzo che un *negotiorum gestor*. Non altrimenti si direbbe del coerede che avendo soddisfatto a

---

(1) L'articolo 21, tit. v, delle Ordinanze del 1673 portava: « *Les lettres ou billets de change* seront « réputés acquittés après cinq ans ». Ciò pareva assai dubbio. Quelli che sostenevano non contemplati *i biglietti all'ordine* parmi si apponessero.

(2) Ed è vero. Difatti concludono in contrario Pardessus, n. 485; Merlin, *Qu. de droit.*, v° *Porteur*, n. 5; Nouguier, n. 1012 ed altri. Decisioni: Rennes, 22 aprile 1839; Parigi, 2 marzo 1836. Per altro queste due decisioni trattano il tema alquanto più largamente.

(3) Vazeille, *De prescription*, tom. ii, num. 656; Horson, quest. 154; Goujet et Merger, num. 147; Nouguier, num. 1011; Bédarride, num. 726; Cassazione francese, 28 giugno 1825, 5 luglio 1836 Sirey, vol xxxvi, part. i, pag. 665).

(4) Savary, *Perf. negoc.*, Parere 72; Pothier, *De change*, num. 199, 200; Goujet et Merger, n. 440; Nouguier, num. 980; Alauzet, num. 1036; Corte d'Aix, 19 luglio 1830. — Contro: Montpellier, 21 gennaio 1839 (*Journal du Palais*, 1842, t. i, n. 155).

(5) Per esempio in un conto corrente; in una promessa di spedire certe mercanzie, in certe altre lettere di cambio date in sostituzione, ecc.

(6) Cassazione francese dell'8 luglio 1863 (*Journal du Palais*, 1864, pag. 87). La Corte suprema osservò che l'azione aveva causa non in una lettera di cambio, ma in un mandato.

Alauzet, non esattamente citato nelle note poste alla suddetta decisione, dice pure al num. 1056: « *La prescription n'est opposable qu'autant qu'elle ré-* « *sulte de la lettere de change même* ». Vedi anche Demangeat sur Bravard, *Traité du droit commercial*, tom. iii, pag. 661.

scarico della eredità un debito risultante da lettera di cambio del defunto, si fa a chiederne il proporzionato rimborso ai suoi coeredi (1). Altri crede che l'azione del terzo interveniente sia prescritta col decorso dei cinque anni (2).

Contro chi il terzo, pagatore spontaneo della lettera di cambio, eserciterà le sue azioni di rimborso? Contro i giranti della lettera, o contro il traente? Se contro i primi, è del tutto evidente che il fatto del suo intervento non può aver resa deteriore la posizione dei giranti, i quali dopo cinque anni dal protesto erano fuori d'impegno. Se uno dei giranti dopo aver soddisfatto il debito si rivolge contro il rispettivo girante o contro il traente, non è men vero ch'egli deve esercitare le sue azioni nel termine dei cinque anni. Ma facciamo che il terzo pagatore preferisca di battere il traente, o sia necessario a farlo non essendovi garanti intermedi o garanti solvibili, bisogna venire allo stesso risultato. Imperocchè il terzo pagatore spontaneo è *de jure* surrogato non già al trattario, ma al possessore, all'ultimo e diretto creditore della lettera di cambio, il quale era tenuto ad esercitare le azioni nel termine sopradetto.

d) L'azione di credito risultante da un conto corrente fra commercianti non si prescrive nel corso di cinque anni, benchè questo credito, o reliquato di crediti, si componga di valori derivati da effetti cambiari compenetrati e confusi nel conto (3).

e) E neppure a codesta straordinaria prescrizione è soggetta l'azione che altri esercita contro il banchiere che si è obbligato di render conto di certe lettere di cambio che gli furono consegnate in deposito o in altra maniera (4). È manifesto che il documento cambiario andò, per dir così, disfatto e fuso nell'azione del rendiconto, la quale è fondata in un contratto diverso e indipendente da quello del cambio.

Così si vede al lume degli esempi che per *azioni relative alle lettere di cambio*, ecc., denno intendersi quelle che hanno per fondamento immediato la stessa lettera di cambio, e non qualche altro rapporto contrattuale, comunque occasione o materia a tale rapporto possa essere stata fornita da effetti cambiari.

Aggiungo ad ultimo suggello, che non il *contratto di cambio*, ma l'*atto cambiario* (5) produce l'azione prescrittibile nel quinquennio. Se il contratto deve provarsi con altri mezzi, il debitore non può allegare il benefizio.

—

925. *Decorrenza del termine.*

L'articolo 189 del Codice di commercio francese fa decorrere i cinque anni — *du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique s'il n'y a eu condemnation.* Questo testo sopprime *le lendemain de l'échéance* che leggevasi nella celebre Ordinanza. L'intelligenza comune si affrettò a riempiere il vuoto lasciato dalla inesatta redazione, e niuno ha mai creduto che la mancanza del protesto potesse migliorare la condizione del creditore negligente, e peggiorare quella del debitore. Era naturale che il giorno della scadenza sopperisse a quello del protesto mancato (6).

Invece l'articolo 282 non ha voluto saperne di quell'altro termine di partenza che si toglieva *dall'ultima istanza giudiziale se non vi ebbe condanna.*

Vi era del vero in quella redazione francese, poi seguita da altri Codici italiani, ma in una formola confusa e fuori di luogo.

È inutile parlare di prescrizione di azione quando è nata sentenza. Assimilandosi il titolo alla sentenza (7) che stabilisce l'ultimo rapporto giuridico, l'azione che comincia a prescriversi è quella nascente dal giudicato, e il suo ciclo è tutto diverso. Bisognava dirlo perchè si doveva spiegare che l'*ultima istanza giudiziale* (8) non influisce affatto sul calcolo

(1) Nouguier, num. 880; Corte di Tolosa, 10 luglio 1829 (Sirey, vol. iii, part. ii, pag. 76).

(2) Alauzet, num. 1036.

(3) Nouguier, num. 980; sentenza della Corte di Rouen del 10 novembre 1817.

(4) Nouguier, num. 980; Cassazione francese, 10 gennaio 1813 (Sirey, i, pag. 443). — Contro: Cassazione franc., 10 dicembre 1834 (Sirey, v. xxxv, part. i, pag. 95).

(5) *Lettera di cambio — Biglietto all'ordine.* — Anche se smarrita la cambiale siasi proceduto coi surrogati in relazione agli articoli 236, ecc., rimedio non estensibile ai biglietti all'ordine.

(6) Tanto più che la Ordinanza del 1673 ne portava la espressione.

(7) Nel senso vero *del riunirsi le due sostanze*, poichè la sentenza appropriandosi il titolo ne trasferisce il vigore in se stessa, e sotto questo aspetto lo annulla (Vedi il gran *Dizionario* del Tommaseo). Sgraziatamente si è soliti a confondere nel linguaggio legale *assimilare* con *assomigliare;* identificarsi col render simile; pretto gallicismo.

Su questo articolo di diritto qui appena toccato, vedi qualche altro sviluppo al num. 932.

(8) È la espressione dell'articolo 204 del Codice di commercio albertino.

del tempo prescrittivo quando sia stata coperta da una sentenza (1); ma era molto meglio sopprimere l'inciso come ha fatto lodevolmente la redazione del Codice italiano. L'*ultima istanza giudiziale* può esser principio di un nuovo corso prescrittivo, come vedremo discorrendo della *interruzione*, ma non è mai principio primo della decorrenza del termine.

E per me credo, che la redazione avrebbe anco potuto essere più semplice e migliore, muovendo il termine dalla scadenza quale punto fisso e invariabile. Colla dizione *dal giorno della scadenza* si fa chiaro che la prescrizione comincia a decorrere il giorno appresso (2); quello cioè in cui dee farsi il protesto, che in questo caso e sotto questo rapporto diventa un *accidens* senza importanza.

—

926. *Cause impedienti la prescrizione.*

Nella sua natura di prescrizione liberatoria sfugge a tutte quelle cause impedienti che fanno ostacolo all'acquisto per opera del tempo; ogni altro impedimento solito a suscitarsi dalla qualità delle persone (art. 2119 e 2220 del Cod. civ.) è tolto via dalla esigenza rigorosa del commercio, ma disponendo altrimenti il diritto civile era d'uopo dichiararlo (art. 283).

Restano tuttavia a considerarsi 1° gli impedimenti che sono per nascere dal titolo, o *intrinseci;* 2° quelli che vengono da forza estranea e paralizzano l'azione fisica: *estrinseci.* Può aggiungersi anche una terza specie d'impedimenti derivanti dal fatto dello stesso debitore.

Una lettera di cambio, un biglietto all'ordine che non presentano i requisiti voluti dalla legge, o quelli che non ne hanno che la fallace sembianza essendo suppositizi (art. 198), perdendo i vantaggi, si liberano dagli incomodi della natura cambiaria, laonde il creditore mantiene la sua azione pel corso di trent'anni. La imperfezione del titolo produce questo effetto giuridico. Il creditore avrà quindi interesse di dimostrarla questa imperfezione al fine di sostenere un giudizio non promosso che dopo i cinque anni. Non nego ch'egli imprende una conversione alquanto difficile, specialmente se mai non sia stata messa in dubbio la lealtà dell'apparente forma cambiaria, e vi abbia un accettante ed un protesto.

Si comprende facilmente che una lettera di cambio sparsa di bugie, possa esser attaccata dal debitore cui interessa sostenere di non aver incontrata che una obbligazione semplice, ma io dubito assai che il preteso creditore possa valersi di siffatte eccezioni. Potrebb'egli venir dicendo: questa cambiale è composta bensì nella più regolare apparenza, ma sappiate che io o il mio autore abbiamo supposte cose non vere; non sussiste che sia stato da me o da' miei cedenti soddisfatto il corrispettivo, non è vero che si negoziasse il danaro da piazza a piazza... Tali obbietti, dedotti dal proprio dolo, sarebbero davvero intollerabili. Io credo soltanto che il creditore potrà giovarsi delle eccezioni altre volte sollevate dallo stesso debitore; che potrà rivolgere contro di lui quel sistema di opposizione col quale, non senza argomenti, impugnò la natura cambiaria della obbligazione; e così prendendolo in parola ed accettando le sue conclusioni, potrà farsi strada a respinger la eccezione.

Ma se la lettera di cambio che il possessore si lasciò morire in mano era girata in bianco o girata dopo la scadenza (V. i n[i] 816, 821), potrà egli sostenere in faccia al debitore che trattavasi di un *mandato* e non della *proprietà* della cambiale, e per conseguenza l'azione del credito nei cinque anni non è rimasta prescritta?

Falso ragionamento sarebbe questo. Il mandatario aveva tutti i diritti dell'azione (n[i] sudd.), e ciò basta perch'egli potesse e dovesse operare e non starsene inerte per sì lungo tempo (3).

Seconda specie.

Noi abbiamo dedicato il n° 867 a stabilire l'ammissibilità della eccezione di forza maggiore all'effetto di scusare la tardità del protesto. Sembra che le stesse massime siano da applicarsi relativamente al corso della prescrizione che implica ugualmente la facoltà di agire, benchè sopra spazi più estesi. Ammessa per un momento l'applicabilità di quei principii, ne segue che la prescrizione non avrebbe mai cominciato a correre sotto l'oppressione di una guerra micidiale, di una pestilenza desolante e simili. Ma più frequente è il caso di considerare la forza maggiore come causa di *sospensione* di una prescrizione in corso, e dovremo occuparcene al n° 934.

Terza specie.

Gl'impedimenti possono venire dal lato del debitore. Non gli si domanda di esser in buona

(1) O di condanna o di assoluzione. Neppure in ciò la dizione era esatta.

(2) Il 1° febbr. se la cambiale scade il 31 genn.

(3) Vedi sulle materie Horson, tom. II, qu. 153; Vazeille, chap. XII, num. 636; Persil, all'articolo 189, num. 7.

Digitized by Google

fede, nè di credere di non esser debitore. Egli viene prescrivendo con tutto comodo sapendo di aver il debito. Si tollera, per così dire, la sua mala fede passiva. Ma non si atteggi al raggiro, non giuochi di furberia, non si ponga come ostacolo all'azione del creditore. « Le dol et « la fraude (disse opportunamente PARDESSUS) « faisant exception à toutes les règles, si l'on « prouvait que par les maneuvres du débiteur « le créditeur a été empêché d'agir, cette « preuve peut être admise pour détruire les « effets de la prescription invoquée » (nº 240; Cassazione francese, 1° dicembre 1829). NOUGUIER esemplifica dicendo: se io con soverchia fede nel debitore gli ho rimesso il titolo ad altro oggetto, verbigrazia per agire contro certi suoi coobbligati, ed egli con diverse lusinghe mi ha tenuto sulla corda sino allo spirare del tempo prescrittivo, non potrà accampare la prescrizione, non potendo prescrivere *contro un titolo di cui nel frattempo era depositario*. E l'autore ragiona dell'articolo 2236 del Codice Napoleone che pronuncia, colui che possiede per altri non può per qualunque spazio prescrivere. Ma la vera ragione non è che si trattasse in questo caso di prescrivere *contro il proprio titolo* (1); e neppur di esser impedito ad agire (2), ma piuttosto perchè ritenendo il titolo faceva credere di soddisfarlo da un momento all'altro, e manovrava all'inganno.

---

927. *Della interruzione della prescrizione.*

La interruzione è *naturale* o *civile*. « (La « prescrizione) è interrotta naturalmente « quando il possessore viene privato per più « di un anno del godimento della cosa » (articolo 2124 del Codice civile). Ma questo non attaglia se non quando *la cosa è l'oggetto* della prescrizione, cioè nell'acquisitiva. Come la prescrizione s'interrompa *civilmente*, vale dire con atti di legge, è dichiarato negli art. 2125, 2126, 2129 del suddetto Codice, ai quali però conviene coordinare il disposto del nostro articolo 282.

Niuno, io penso, vorrà da me una trattazione neppure mediocremente approfondita di una materia che BALBUS, D'ARGENTRÉ, VAZEILLE e TROPLONG hanno discorsa con tanta ampiezza in libri speciali. Non essendo per me che un episodio a chiarire due articoli del Codice di commercio, non debbo che alcune considerazioni più prossime al mio argomento. Io me ne riporto del resto, come il Codice stesso, al diritto civile e alle illustrazioni degli scrittori.

I mezzi d'interruzione sono *legali* e *convenzionali*. Chiamo legali quelli determinati dalla legge, e sono: 1° la domanda giudiziale; 2° il sequestro; 3° la chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione. L'agnizione del debito (articolo 2129) può avere un carattere convenzionale; e la legge lo approva in prevenzione in quanto sia un fatto giuridico. Nondimeno se il diritto commerciale sviluppasse dal proprio seno delle combinazioni analoghe, od offrisse qualche atto della sua propria natura al quale si potesse razionalmente attribuire efficacia interruttiva, esso dovrebbe considerarsi indipendentemente dai placiti della legislazione civile. Tanto più che ella è questa una prescrizione *sui generis* che ha causa nei bisogni del commercio e versa in una sfera di relazioni sua propria.

Un atto di protesto, benchè tardivo, benchè inetto a conservare il pingue retaggio dell'azione commerciale, non potrebbe almeno valere come una dichiarazione d'animo, come atto formale di opposizione, capace di perturbare l'occulto, e per così dire, insidioso lavoro della prescrizione quinquennale che, senza buona fede per parte del debitore, si nutre nel silenzio e nella negligenza del creditore?

L'opinione difatti che l'atto di protesto, notificato in un momento qualunque del quinquennio, sebbene inabile ad altri effetti, potesse interrompere la prescrizione, ebbe i suoi propugnatori. Due giudicati, l'uno della Corte suprema francese del 13 aprile 1818, l'altro della Corte d'Amiens del 20 agosto 1839, vi diedero appoggio. Ma tale opinione, solidamente confutata, è stata di poi del tutto abbandonata. Una decisione della suddetta Corte suprema in tempo posteriore (1° giugno 1842, *Journal du Palais*, II, pag. 351) fece ragione alla massima contraria; riconobbe, con buoni motivi, la perfetta inutilità di un protesto fatto fuori di tempo; nè altri monumenti possono

---

(1) Pare ci sia dell'equivoco in questo concetto. Non si tentava di prescrivere contro il titolo del deposito o altro simile; il titolo, oggetto della prescrizione, era un effetto commerciale: il possesso materiale poteva anch'esser un argomento di più come indizio di pagamento eseguito.

(2) Secondo le decisioni allegate dall'autore della Corte di Bordeaux del 28 marzo 1828 e della Cassazione francese del 3 gennaio 1832. Imperocchè il creditore non era mai impedito di agire; nessuno lo teneva dal mandar fuori una citazione regolarissima e interrompere la prescrizione.

Digitized by Google

additarsi di mutata giurisprudenza (1). Invero, nell'aspetto della prescrizione, l'atto di protesto è indicato come punto di partenza; come argomento interruttivo, non mai. L'ufficio importantissimo di questo atto è segnato: il protesto è un frutto di stagione per eccellenza: domani è vieto, non ha più sapore. Si sarebbe dato anche meno importanza al protesto in ordine alla prescrizione se si fosse posto mente al pleonasmo, bastando indicare come il primo momento del corso prescrittivo, *la scadenza* (2). Il protesto fuori di tempo non è che una *protesta* (protestatio) stragiudiziale che non ha riscontro nella legge civile, e viene formalmente escluso, come veniamo a dire, da quella di commercio (3).

928. L'articolo 282, senza contraddire alle norme stabilite dal Codice civile, si pone però indipendente, e detta secondo il bisogno della speciale relazione di cui si occupa. Gli atti giudiziali riduce *alla domanda giudiziale non perenta;* e dichiara la forma del riconoscimento del debito, cioè *per iscritto separato*.

Non si parla che di *domanda giudiziale*, poichè non si potrebbe parlare di *precetto* o di *sequestro esecutivo*, mancando nei termini della ipotesi il giudicato da eseguirsi (4). Ma non potrebbe il creditore cambiario prender le mosse da *un sequestro conservativo?* Questo atto non dovrebbe tenersi per sufficiente alla interruzione?

Nelle circostanze dell'articolo 924 del Codice di procedura civile, può il creditore esordire nel suo giudizio da un sequestro conservativo. In particolare al creditore cambiario è scritto l'articolo 258 del Codice di commercio da noi già esaminato. Noi possiamo supporre che il possessore della lettera di cambio abbia praticato il protesto; da questo punto abbia cominciato il suo sonno ma non quinquenne, perchè un bel giorno si è destato, ha pensato al suo credito, e visto che l'accettante minaccia di cadere, gli ha slanciato contro un sequestro facendosi forte dell'articolo 258. Io non dubito punto che questo atto non sia interruttivo della prescrizione. Esso è contenuto senza veruno sforzo nella formola *domanda giudiziale*. La legge non ci spiegò, e fece bene, quale dovess'esser l'oggetto della domanda giudiziale. Senza dubbio deve aver rapporto col credito; dev'esser inteso a mostrare la seria intenzione di volerne la soddisfazione. Deve portarsi al giudice, ed eccitare la giurisdizione, onde il protesto tardivo non potrebbe farne le veci, secondo ciò che si è esposto al numero precedente (5).

Noi però non ammettiamo l'effetto giuridico della interruzione se non alla condizione che il sequestro sia perfezionato mediante la pratica degli atti ordinati dall'articolo 931 della stessa procedura civile. E così noi avremo adempito letteralmente alla ingiunzione *della domanda giudiziale*, interpretata come una citazione.

Domanda giudiziale non perenta. S'intende che la perenzione, *rendendo nulla la procedura* (articolo 341 del Codice di procedura civile), trascina nell'obblio anche la citazione. È censurabile il modo di esprimersi, di che i redattori di leggi devono esser rigidi. La domanda non può esser *perenta* nè perimersi all'atto di proporsi: ciò succede tre anni dopo. Il Codice civile ha detto meglio. L'art. 2125 indica come atto interruttivo la *domanda giudiziale:* poi all'articolo 2128 — *si ha come non interrotta la prescrizione — se la domanda è perenta*, cioè cade in perenzione (6).

Bisogna però osservare che l'atto di citazione deve prodursi a radicare il giudizio; altrimenti si ridurrebbe ad atto stragiudiziale, a semplice protesta. Il creditore della lettera di cambio e del biglietto all'ordine che avesse iniziato *l'esercizio della garanzia* contro i garanti o il traente, mediante le citazioni di regola, indi avesse mancato di riprodurle, sicchè il giudizio non potè aver luogo, vedrebbe opporglisi la decorrenza della prescrizione dal protesto, e non si conterebbe a suo favore neppure il tempo della legittima sospensione, anteriore alla citazione medesima.

(1) Così pure ritenne la Corte di Genova nel 7 marzo 1851 (BETTINI, II, pag. 251).

(2) Giusta la nostra osservazione al num. 925.

(3) Sul tema v. BOUSQUET, *Dictionnaire de prescr.*, v° *Billet à l'ordre*, pag. 63; GOUJET et MERGER, v° *Lettre de change*, num. 449; DALLOZ, num. 834; BÉDARRIDE, num. 739, 740. Forse NOUGUIER ha fatto troppo onore alla tesi contraria, impiegando molte pagine a confutarla, tom. II, num. 988, da pag. 260 a 268 (seconda edizione di Parigi).

(4) Molto meno poteva accennarsi ad atti di conciliazione.

(5) Anche NOUGUIER è di questo avviso, e critica una sentenza della Corte di Bordeaux del 21 marzo 1828.

(6) La Corte di cassazione francese, nel 29 giugno 1846 giudicò che il girante d'una lettera di cambio cui il traente, citato al rimborso, oppone la prescrizione quinquennale, non può invocare come interruttivi della prescrizione gli atti giudiziali fatti dal possessore, ma caduti in perenzione (*Journal du Palais*, II, pag. 402).

Digitized by Google

919. *Riconoscimento del debito.*

Incontro questo fatto del debitore, la prescrizione si dissipa come una larva; il tempo che si veniva accumulando per raggiungere quando che fosse la liberazione, è un tesoro disperso. Bisogna ricominciare o lo stesso o un periodo molto più lungo (1) per riguadagnare la situazione; e lo stesso ciclo sarà per riprodursi se supponiamo nuove ammissioni susseguite dal silenzio e dalla inazione del creditore.

La ricognizione del debito, inferisce *rinuncia* al diritto della prescrizione quando è stato acquistato (2). Pendente il corso, si qualifica interrompimento, essendo vietata *la rinunzia anticipata alla prescrizione* (articolo 2107 del Codice civile). Non voglio indagare le ragioni, forse non mai bene appurate, di questo antico canone di giurisprudenza: vero è pertanto che incaricandosi la stessa legge di dichiarare il significato che il medesimo atto assume nei diversi tempi nei quali vien emesso, chi riconosce la esistenza del debito, prima che il termine prescrittivo sia decorso, conserva la speranza di liberarsi collo stesso mezzo un'altra volta. E ciò perchè egli non rinunzia al beneficio del tempo avvenire. Lascio ad altri il vedere se la forza delle cose non sia tale che codeste differenze di pura legalità non finiscano col confondersi. Non si rinuncia alla prescrizione futura; ma ai diritti derivanti da quella già consumata. Ebbene, chi abbandona i diritti quesiti, e non può rinunziare ai querendi, può dunque acquistare in seguito la liberazione mediante un nuovo corso prescrittivo; e pare che si rientri nello stesso circolo.

930. *L'atto dev'essere scritto e separato.*

Non ha potuto aver pagato chi riconosce la esistenza del debito. Perchè il creditore non sarebbe ammesso a fare la prova o della confessione stragiudiziale del debitore, o anche della semplice ricognizione (3) con tutti i mezzi legali, siccome ne lascia piena facoltà l'articolo 2129 del Codice civile? *Sic voluit*, e pare che basti. Evidentemente la legge favorisce l'obbligato, non già perchè meriti di esserlo in confronto del creditore, ma in relazione al fine. La ordinaria prescrizione civile ha nelle viste del legislatore un interesse più remoto; più prossimo la commerciale, oltrechè l'educare i commercianti alla operosità, alla diligenza, è nello spirito del Codice. Può aggiungersi un terzo motivo, evitare le lungherie e le incertezze della prova testimoniale, che generalmente la legge respinge ogni volta che si propone un fine superiore al quale dev'esser base *il certo giuridico* (4). Quindi le due condizioni dell'atto di riconoscimento: risulti dallo *scritto* e sia *separato* (5).

Ma che s'intende *per atto separato?*

Per me lo spirito della disposizione a tutta evidenza egli è questo, che la ricognizione appartenga ad un tempo *posteriore alla scadenza;* temendosi la facile frode che alla formazione della cambiale il creditore si faccia consegnare a cautela una dichiarazione, con data in bianco, e buona all'occasione: equivalente in effetto ad una rinunzia. La separazione adunque riguarda meno il materiale degli atti che il tempo. Io non crederei violata la legge se, scaduto il debito, il debitore invitato dal creditore vergasse sul dosso della cambiale qualche parola colla data sincera del tempo in cui scrive, denotante la sussistenza del debito (6). Conferma questo giudizio una decisione della Corte di cassazione francese del 16 dicembre 1828 (Sirey, vol. XXX, part. I, pag. 115) in una

---

(1) Il che ci riserviamo di spiegare.

(2) Troplong, *De la prescription*, n. 64, 65 e seg.

(3) La confessione differisce dal riconoscimento, perchè quella ha la coscienza del proprio scopo; questo può essere indiritto a tutt'altro fine che di confessare il debito, e nonostante produrre, anco indirettamente, il medesimo risultato.

(4) Così voglionsi sottrarre alle fluttuazioni testimoniali le convenzioni passanti una certa somma.

(5) Più avanti porteremo una distinzione fra l'atto riaffermante il debito, ed i semplici fatti.

(6) Nondimeno la Corte di Parigi, con sentenza del 9 ottobre 1817, i cui principii ottennero l'approvazione della Corte suprema (2 febbraio 1819), volle ritenere capace ad interrompere la prescrizione una dichiarazione *anteriore alla lettera di cambio*, nella quale il debitore *aveva riconosciuto il debito*. Questo per me è il *non plus ultra* di quello a cui può giungere la interpretazione dedotta dalle parole in contraddizione collo spirito e colla ragion della legge. Nouguier (num. 994) censura le decisioni con parole meno forti di quelle che meritano, concludendo quasi in via di probabilità ciò che è della maggiore evidenza: « Pour qu'il soit « possible de rentrer dans cette double hypothèse, « et d'accomplir le vœu de la loi, *il semble néces-* « *saire que la reconnaissence ait été la suite de refus* « *de payement* ».

Quindi con ragione decise la Corte di Montpellier nel 31 agosto 1830, che un atto notarile, portante ipoteca per assicurare il pagamento della lettera di cambio, non può considerarsi quale agnizione per *atto separato*, essendo contemporaneo alla stessa lettera di cambio, della quale è un semplice accessorio. Aggiungi Cassazione francese, 9 agosto 1831 e 11 marzo 1838.

Digitized by Google

specie nella quale il debitore aveva riconosciuta la verità degli acconti annotati sul dosso della cambiale, con che ammetteva di non aver pagato il resto del debito (1).

931. *Atto* che significa? Una scrittura formale, e fatta, come si direbbe, apposta per confessare il debito?

Non so se il debitore si presterebbe di buon grado ad emettere avvertitamente un simile scritto; quello che so, non lo farebbe se non minacciato dal creditore, che non dormendo, come supponiamo, il sonno letargico della prescrizione, troverebbe migliore di rompere il tempo con una buona citazione.

D'ordinario il debitore invia delle lettere al creditore per ottenere dilazioni, e come suol dirsi, per raccomandarsi. Gli esempi ci abbondano e tali lettere missive furono sempre ritenute atti interruttivi della prescrizione (2).

Merita poi di essere ricordato, che la lettera missiva ha questo effetto qualora sia diretta allo stesso creditore, o se ad altri, data facoltà di partecipare la lettera o il suo contenuto; se fosse diretta ad un terzo con carattere confidenziale, neppure l'abuso della confidenza gioverebbe al creditore (3).

La menzione di alcune specie può illuminarci meglio della teoria. S'interrompe il corso della prescrizione — se il debitore ha dichiarato nella occasione di un giudizio di non poter pagare atteso i sequestri fattigli da terzi (4) — se il debitore ha fatto annotamento del debito sui suoi bilanci (5) — se si prova l'ammissione del debito nel passivo del fallimento (6).

Talvolta l'atto di riconoscimento viene dalla casa del creditore, attestante il fatto del debitore (7).

Il *pagamento degl'interessi posteriori alla scadenza* è argomento certo di agnizione del debito. Le quietanze dei pagamenti lo dimostrano (8).

Chi paga una parte del debito, come *parte*, confessa di avere il debito del rimanente. Se non è dichiarato che il pagamento riguarda *la parte*, può ritenersi operato il saldo del debito scorrendo il quinquennio in perfetto silenzio su tutto il resto.

Ma la difficoltà consiste nella prova di fronte alla legge che richiede in ogni caso la prova scritta, ed esclude letteralmente la testimoniale.

È stato ritenuto dalla sentenza della Corte di Montpellier, sopra citata in nota, che mancando la prova scritta degl'interessi pagati si può ricorrere alla testimoniale. Io non posso convenirne. È necessario procurarsi la prova scritta colla quietanza; o potrà ricavarsi dai libri del creditore commerciante.

Bisogna riflettere anche al pericolo delle collusioni onde tutelare da esse la buona fede dei terzi. I creditori che hanno proceduto a sequestri, i creditori di un fallito, hanno tutto l'interesse di contraddire al fatto dell'agnizione (9). Per il che si tenne per alcuno (Bédarride, num. 746) che occorresse *all'atto la data certa*. Lo ammetto, ma sotto la scòrta del nostro articolo 94. Non bisogna d'altro lato dimenticare che il creditore stesso ha voluto porsi in una situazione inormale e difficile.

932. Interrotto il corso della prescrizione, un nuovo sottentra, quasi pianta che ripullula sull'altra che venne strappata dal suolo, restandovi il seme che è il tempo. Rompete il lavoro fatale del tempo, esso lo ricomincia tosto: se avete dissipato quel cumulo di anni che stava per raggiungere la prescrizione ordinaria (10), il domani già reca un elemento alla prescrizione futura. Quando si hanno dei pe-

(1) Aggiungi Goujet et Merger, num. 463.

(2) Merlin, v° *Lettre de change, Question du droit*; Nouguier, num. 995; Toullier, tom. x, num. 307; Troplong, *De la prescr.*, num. 615; Corte di Bordeaux, 8 agosto 1832; Cass. franc., 1° marzo 1837 (*Journal du Palais*, 1837, tom. ii, pag. 387); Colmar, 29 aprile 1839 (Sirey, vol. xxx, part. ii, pag. 192).

(3) Corte d'Aix, sentenza del 5 giugno 1832 (*Journal du Palais*, pag. 267); Cassazione francese, 3 aprile 1837. La stessa nel 5 aprile 1835 (*Journal du Palais*, 1835, tom. ii, pag. 586).

(4) Corte di Parigi, 7 gennaio 1815, sentenza rammentata dal Vazeille, *Des prescriptions*, n. 634.

(5) Corte di Bordeaux, 19 agosto 1840 (*Journal du Palais*, tom. ii, 1840, pag. 717), e del 24 febbraio 1843 (Sirey, vol. xliii, part. ii, pag. 288).

(6) Grenoble, 29 febbraio 1818 (Sirey, v. xlix, part. ii, pag. 272).

(7) Poichè il debitore non potrebbe valersi dell'atto senza ammettere la esistenza del debito, o di parte del debito.

(8) Agen, 11 agosto 1853 (*Journal du Palais*, pag. 474. Gli annotatori di quel giornale censurano la decisione con motivi poco plausibili.

Il pagamento degli arretrati o in conto degli arretrati interessi non ha influenza sulla prescrizione; ma quei medesimi arretrati si vanno prescrivendo coi cinque anni, secondochè l'azione è *relativa* alla lettera di cambio, giusta la espressione della legge.

(9) I terzi che vi hanno interesse, possono allegare la eccezione (Pardessus, num. 240).

(10) « Interrompre une prescription commencée, « c'est rendre inutile le temps qui a précédé, et « obliger le possesseur de recommencer à prescrire « de nouveau, comme s'il n'avait pas été auparavant dans la prescription. » (Merlin, v° *Prescription*).

riodi uguali, nessuna difficoltà. Ma quando l'interrompe un corso di breve tempo, quello che ricomincia ha forse la stessa durata o una molto più lunga? *Se il primo periodo prescrittivo era di cinque anni, il secondo sarà forse di trenta?* Ecco una questione che merita di esser riveduta.

Mettiamo prima quello che è accettato e può dirsi fuori della controversia.

L'interrompimento può venire *dal fatto del creditore* o *dal fatto del debitore*. Se dal primo, non è possibile parlare di cangiamento di titolo e di *novazione*, che non può operarsi senza il concorso di amendue le parti, o del debitore principalmente. Gli atti giudiziali, non arrivati sino alla sentenza, poi abbandonati, hanno interrotto il corso della prescrizione, senza cangiare il titolo. È d'uopo che nasca la sentenza; allora il titolo del giudicato si sovrappone al titolo del credito, lo assorbe, e in certo senso lo annichila, come si osservò altrove. Se ricorre nuova prescrizione, non può essere che di trent'anni. Ma ciò che importa *è il fatto del debitore*.

È molto sparsa l'opinione che *l'atto separato* che la legge esige perchè vi abbia interrompimento per parte del debitore produca per se stesso, e direi quasi necessariamente, la novazione. Ecco ciò che dice Nouguier, aggirandosi sui termini dell'articolo 189 (nostro 282): « S'il n'y a condamnation *ou re-* « *connaissance par acte séparé*, prescription « de cinq ans. *Si au contraire il existe l'une* « *de ces deux conditions, point de prescription* « *de cinq ans; seulement prescription ordi-* « *naire* » (num. 996).

Questa proposizione è troppo generale, troppo assoluta, e quindi erronea, riguardo a quello stesso che l'autore disse poche linee innanzi (1).

Lungi che la locuzione *riconoscimento del debito* conforti l'argomento della novazione, si spiega naturalmente *coll'affermare la persistenza del debito*; e nulla più. Io non intendo come siasi potuto andare sino a presumere la novazione. No. Essa deve risultare e comprovarsi dalla natura del titolo che le parti hanno creato, e resta in tutto il suo vigore il principio = « la novazione non si presume, ma bisogna « che dall'atto chiaramente risulti la volontà « di effettuarla » (articolo 1269 del Codice civile). E quando la legge si esprime che *il riconoscimento* ha l'effetto *d'interrompere la prescrizione*, è un discorso che non si applica induttivamente che nella soggetta materia, come suol dirsi; ciò che s'interrompe s'intende rinnovarsi nelle medesime condizioni; e perchè ne scaturisca un nuovo ordine di effetti, è ben necessario che un nuovo rapporto di diritto venga a stabilirsi.

Dunod, scrittore che si è innalzato colle critiche di Troplong, insegnò che la ricognizione del credito prescrittibile con cinque anni, estende sino a trent'anni la prescrizione che si rinovella.

Troplong osserva che la proposizione di Dunod è un po' troppo generale, e non può ammettersi senza qualche modificazione. E va benissimo; ma la teoria che viene esponendo il grande illustratore, non dubbia in principio, s'intorbida alquanto dal modo della dimostrazione. « Io non ammetto, egli dice, siffatto risultato (il passaggio alla prescrizione trentennaria) se non in quanto vi abbia *un contratto espresso, esplicito, separato, il quale nello stato delle cose operi novazione* » (2). Ma continua — *ed è quanto richiede pure l'articolo* 189 *del Codice di commercio*. E qui comincio a confondermi. Quell'articolo (cui risponde esattamente in questa parte il nostro articolo 282) richiede *l'atto separato* ma all'effetto d'interrompere non all'effetto d'innovare; chè ciò dipende da elementi convenzionali che la legge abbandona alla volontà delle parti.

Ferma Troplong in secondo luogo che la ricognizione *tacita* o *indiretta* non apporta novazione: essa interrompe bensì il corso prescrittivo (3) ma non surroga un modo di prescrizione ad un altro. Qui si accenna *a fatti*, incompresi dalla lettera della legge, ma contenuti nella sua ragione. I fatti, eziandio convenzionali, impossibili ad affermarsi *a priori* da una regola qualunque, e che si fanno valere malgrado la opposizione di chi ha interesse di variarne il significato, sono di tante specie; alcune furono accennate al numero precedente, altre potete aggiungerne. Prestare un pegno a sicurezza del credito, sollecitare anche per mezzo altrui una proroga al pagamento e simili. Si è certi che in questo

(1) Ove distingue l'accordo di una dilazione dalla costituzione di altro titolo.

(2) Trattato della prescrizione, num. 697 (Traduzione italiana, Torino 1841, libreria della Minerva subalpina.

(3) « Sunt enim alii modi interruptionum jure « civili traditi, conventionales, hoc est quia con- « ventione partium descendunt, et tacito vel ex- « presso consensu cujusque præscribentis qui jus « alienum tacito aut expresso facto, recognoscit, « facto, vere, vel implicite » (Argentré sur Bretagne, art. 266, *Des interrupt.*, cap. v).

momento il debito non era pagato; ed è pure manifesto che non vi ha innovazione di titolo.

Vero l'uno e l'altro insegnamento: che cioè si richiede un contratto espressamente novatore, e che i fatti d'interruzione non vi equivalgono: *ma quando si ha la ricognizione del debito nell'atto separato* voluto dall'art. 282, esiste forse per ciò solo la novazione? Avendo l'autore eliminata la sola ipotesi della interruzione tacita, lascia fortemente dubitare, se nel caso della legge, essendo la *ricognizione espressa*, debba intendersi operata la novazione, quanto dire: il credito cambiario siasi trasformato, vuoi in civile, o in semplice commerciale.

Io penso però che nel fondo il concetto di TROPLONG non sia diverso, e parmi che i principii posti alla sua dottrina non possano avere altra conclusione di questa: che l'atto separato di agnizione del debito non porti innovazione per se stesso; e l'animo d'innovare debba mostrarsi dall'atto con una certa evidenza. Ogni espressione compatibile colla conservazione del titolo commerciale deve interpretarsi in questo senso, specialmente osservando che il creditore verrebbe in una condizione deteriore, il che non può mai supporsi abbia voluto. In generale, e per fornire un qualche criterio pratico, l'atto deve reputarsi conservatorio quando appare in relazione col titolo preesistente e vi si riporta in qualche modo; avrebbe aspetto di novazione se inchiudesse semplicemente la dichiarazione di un debito, senza la menoma allusione al precedente (1).

933. L'atto interruttore, non diretto che ad uno dei debitori solidali, conserva l'azione del creditore verso tutti. Senonchè, supponendo che vi sia di mezzo un titolo novatore del debito per cui lo spazio prescrittivo siasi prolungato sino ai trent'anni rispetto a quel debitore che ha fatto il patto, i condebitori non intervenuti, subendo la interruzione, hanno però diritto di prescrivere allo spirare dei cinque anni. Qui si avrebbe una specie di fenomeno: che lo stesso atto, producendo un effetto solidale quanto all'interrompere la prescrizione in corso, ne produrrebbe uno singolare e diverso per quanto riguarda la prescrizione futura. Tuttavia il sistema è nettamente giuridico; e basta distinguere l'effetto legale dal convenzionale. L'effetto legale è di diffondersi su tutti coloro cui stringe il vincolo dell'obbligazione; ma la novazione è un atto ultroneo che non obbliga fuor quelli che vi hanno prestato il loro consenso (2).

Più grave può sembrare la questione ove il titolo nuovo proceda anch'esso dalla legge piuttosto che dalla convenzione.

Ecco un esempio non comune negli annali giudiziari, e che ci presenta come in atto la difficoltà da esaminarsi.

D., possessore d'una lettera di cambio tratta da *O.* e girata da *C.* ottiene sentenza contro di *O.*, trascurato il girante perchè caduto in fallimento. Sei anni dopo *D.* si accinge a presentare i suoi titoli negli atti del fallimento, e gli viene opposta la prescrizione. La Corte di Tolosa ammette la eccezione principalmente, sono sue parole, « attendu que la prescription « des poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires, interrompue à l'égard de « tous, doit s'entendre de celle qui convient à « la nature de l'obligation commune qui lie « les débiteurs; que dans l'espèce *il y a eu* « *novation de titre* du *D.* à l'égard du *O. par* « *l'effet de jugement de condemnation rendu* « *contre ce dernier*; tandis qu'il n'y en a point « eu à l'égard de *C.*, celui-ci n'étant sujet « qu'à l'action résultante de la lettre de change « qu'il a endossée, et qui est sujeté à la prescription quinquennale ».

È giusta questa decisione? Se il creditore spiegando istanza giudiziale contro uno dei suoi debitori solidali ha potuto rompere, rapporto a tutti, l'incanto della prescrizione che stava per compiersi, perchè la loro condizione diventerà dissimile a fronte del giudicato che ha ottenuto? La sentenza non è il termine e l'oggetto della istanza giudiziale? Malgrado questa obbiezione, deve approvarsi con VAZEILLE il fondamento della decisione. L'istanza ha prodotto l'effetto civile a lei proprio d'interrompere la prescrizione, ma senza innovare il titolo cambiario; la novazione si è verificata colla sentenza che si considera *res inter alios*

(1) O il contratto fosse essenzialmente novatore; formandosi un credito di natura diversa; o dichiarandosi per esempio che il credito è trasportato in conto corrente; ma di ciò non può dubitarsi.

La Corte di Parigi in una sentenza dell'8 novembre 1855 (*Journal du Palais*, 1856, pag. 476) stanziò che, essendo necessario il titolo novatorio, esso non risultava nè dall'ammissione del debito nel passivo del fallimento, nè dal concordato che ne venne in seguito.

Altre decisioni in rapporto, Cassazione francese, 28 novembre 1851, 14 marzo 1855, 18 febbraio 1851 (Vedi note nel *Journal du Palais* alla decisione del 1855.

(2) VAZEILLE, *Des prescriptions*, num. 629.

Digitized by Google

acta rapporto ai non citati e non intervenuti. Conviene adunque tener distinti questi due fatti giudiziali. Deriva dalla solidarietà del debito che l'atto interruttivo praticato verso uno dei debitori, *afficiat* tutti gli altri. La sentenza è un atto *singolare:* ha luogo in confronto del citato e condannato, e solo rispetto a lui. Tanto è vero, che quella sentenza non è eseguibile contro gli altri.

Per completare la teoria, giova rammentare che la novazione volontaria e contrattuale (1) fatta dal creditore col debitore principale (accettante o traente) libera i giranti, secondo il principio enunciato nell'articolo 1277 del Codice civile. In tal caso chi è obbligato per conto proprio (come il traente che non ha fatta la provvista dei fondi) può esercitare il diritto di surrogazione a norma dell'art. 1253 dello stesso Codice (2).

934. *Della sospensione della prescrizione.*

La *sospensione* è cosa essenzialmente diversa dalla *interruzione*. Per questa si spezza il corso della prescrizione e si rende inutile il tempo transatto: bisogna ricominciar da capo. La sospensione che arriva nel corso della prescrizione (3) lo arresta, ma, quando si riprenda, si tien conto eziandio del tempo anteriore. In quell'intervallo la *prescrizione dorme*, come suol dirsi, ma non è estinta. Negli ordini civili essa rimane in pendente per più cagioni che si attengono alla qualità delle persone (articoli 2119, 2120); ma, propriamente parlando, non vi ha più privilegio di persona che sospenda la prescrizione cambiaria rimpetto al nostro articolo 283; disposizione che manca al Codice di commercio francese. Vero è che simili privilegi furono sempre avversati dalla opinione commerciale, nè, generalmente parlando, potevano vantare il suffragio degli scrittori nè forse la protezione legislativa.

a) Tutti sanno in quali circostanze emanò la Legge dell'11 novembre 1796 (brumaire, anno V) che dichiarava sospese tutte le prescrizioni incominciate a danno dei cittadini francesi che combattevano contro l'Europa coalizzata quella guerra che, cominciata nel 21 aprile 1792, tolti brevi riposi, non ebbe termine che nel 30 maggio 1814. La Legge di brumaio, messa da parte colla prima ristaurazione, fu ripristinata nei nuovi sommovimenti prodotti dal ritorno di Napoleone; ma questo stesso modo di disporre in relazione a circostanze straordinarie e di supremo interesse per la nazione, ne mostrava la inormalità. Dovevano venire i tempi quieti, o di guerre moderate; tempi in cui i commercianti non combattono, ma scontano cambiali al banco tranquillo; e in cui i militari non hanno altre occupazioni che le armi; sicchè la eccezione non avrebbe più senso.

b) Gli scrittori, fra i quali Jousse, Bernier e Pothier (*Du change*, num. 206), all'articolo 22 dell'Editto del 1673, contrapponevano, ad argomento di censura, l'interesse del commercio che male accorda, in fatto di operazioni di cambio specialmente, un privilegio alla minore età. Cos'è difatti la minore età in commercio? La prescrizione suppone la esistenza dell'azione; ora, come acquista un'azione cambiaria il minore se non fu autorizzato al commercio? La idea è così comune in Francia, che non si dubita di affermare con grande concordia che nell'art. 189 e nella generalità delle sue espressioni — *toutes actions relatives aux lettres de change* — si comprendono anche le azioni dei minori (4).

c) Havvi poi tale una sospensione che deriva non dal favore di classi o di persone, ma dal contrapporsi di relazioni giuridiche, sicchè quella stasi, la chiamerò così, è nella natura stessa delle cose. Così *fra coniugi*, fra il tutore e il tutelato, ecc. (Vedi art. 2119 del Codice civile), la prescrizione non corre (neppur quella dell'articolo 282) almeno sino al momento in cui si possa agire in giudizio mediante rappresentanti che discernano per gli effetti giuridici la metafisica unità delle persone.

d) *Fallimento.*

Se il debitore era già fallito al tempo della scadenza, non potrà, dice il Pardessus, sostenersi questa maniera di prescrizione che si fonda nella presunzione di pagamento; specie di finzione che cede alla desolante verità dell'assoluta insolvenza del debitore (num. 240).

(1) Così dicesi per distinguere questa vera novazione *dalla giudiziale*, e non applicarne le conseguenze al giudicato che, quantunque di sua natura innovatore del titolo, non produce la liberazione costà accennata. Nè può produrla, *essendo il giudicato inteso a conservare il credito, non a distruggerlo.*

(2) Oltre Vazeille nel luogo indicato, V. anche Nouguier, nel suo breve passaggio al num. 990.

(3) Potendo anche impedirne l'ingresso (n. 926).

(4) Locré al detto articolo; Pardessus, n. 240; Vazeille, *Des prescriptions*, num. 269; Nouguier, num. 1002; Goujet et Merger, num. 431, ecc.

Un forte argomento a favore di questa interpretazione nasceva dall'articolo 2278 del Codice Napoleone, che non sospende pei minori il corso delle *prescrizioni abbreviate*. Intorno a ciò, V. Troplong, *De prescript.*, glossando quell'articolo.

Digitized by Google

L'obbiezione è imponente; ciononostante la giurisprudenza si è assolutamente scostata dalla sentenza di PARDESSUS (1).

La legge non ammette nè questa nè altra distinzione, e basta. Ma vi ha di più: essa ordina con qual maniera di prova esclusivamente si può stabilire il contrario, e dissipare la minaccia della prescrizione (2). Il legislatore non suole addurre i motivi delle sue determinazioni; noi crediamo di vederli col lume della ragione, e allora diciamo che ne abbiamo compreso lo spirito. Vero è però ad ogni modo che il motivo *non est in dispositione*. Ancorchè non ci risulti ben chiaro che in un dato caso quel motivo possa reggere e corrispondere al nostro ideale, non siamo autorizzati a declinare dal precetto che la parola dalla legge espressamente ci annuncia. Anzi non è neppure necessario che vi sia una ragione di disporre per noi intelligibile. *Non omnium quæ a majoribus nostris instituta sunt, ratio reddi potest* (3). I comentatori fanno osservare non essere impossibile che il fallito abbia potuto pagare quel debito; o che il creditore abbia d'altronde ricevuti compensi. È questo l'argomento che suolsi dare in risposta, e che per me è secondario.

e) Caso di forza maggiore.

Dopo ciò che si è detto al num. 867, non aggiungiamo che una semplice osservazione. Il creditore che non ha disponibile l'unico giorno, il giorno fatale in cui deve fare il protesto, è in pericolo ben maggiore che quello cui basta un giorno nel corso di cinque anni. Non sarebbe facile al creditore sostenere che egli non potè godere interi i cinque anni contando nel decorrere di questo tempo qualche giorno perduto nel quale, per lo attraversarsi di circostanze straordinarie, non ha potuto agire. Perciò vediamo che l'ostacolo di forza maggiore viene sempre in considerazione rapporto agli ultimi giorni del quinquennio nei quali è prossima a consumarsi la decadenza dell'azione.

(1) Cassazione francese del 14 febbraio 1833: « Attendu que la prescription introduite par l'article 189 du Code de commerce *est absolue et n'est pas suspendue par la faillite du débiteur* ». Altre decisioni anteriori in questo senso: Parigi, 5 agosto 1813 (SIREY, vol. XV, part. II, pag. 123); Toulose, 23 febbraio 1827 (SIREY, vol. XXVII, p. II, pag. 101; Cassazione francese, 25 febbraio 1832 (SIREY, vol. XXXII, part. I, pag. 537); VAZEILLE, num. 636; GOUJET et MERGER, num. 455; NOUGUIER, num. 1001; BÉDARRIDE, n. 737; DALLOZ, n. 820. Vero è che in omaggio al principio da noi accennato al num. 926 la Corte di Parigi nel 12 novembre 1844 (*Journal du Palais*, 1844, tom. II, pag. 517) giudicò che il sindaco del fallimento debitore, non potrebbe computare nella prescrizione quel tempo in cui il documento cambiario era stato in deposito negli atti del fallimento.

(2) Mediante il giuramento che si deferisce al debitore.

(3) « Et ideo rationes eorum quæ constituuntur inquiri non oportet. Alioquin multa ex his quæ certa sunt, subverterentur » (Leg. 21, Dig. de legib.).

Digitized by Google

APPENDICE I.

LES CHÈQUES

(Legge francese del 14 luglio 1865).

Introduzione a questo comento speciale.

Mobilizzare é rendere disponibili al piacere del creditore i capitali giacenti per un tempo più o meno lungo presso terzi, ecco ciò che fu trovato utile e necessario in commercio. I depositi fatti a piccole somme nelle banche d'Inghilterra e di Scozia sembrano averne data la prima occasione. Bisognava poter creare certi titoli o cedole facilmente trasmissibili, onde i creditori potessero ricuperare ad ogni momento, anche parzialmente, i loro fondi. M. Darimon, alla cui Relazione come documento della maggiore autenticità si attinge con tutta sicurezza (1), faceva conoscere che da non poco tempo simili mandati erano molto in uso in Francia. Il mandato *rosso*, egli diceva, che la Banca di Francia rilascia ai suoi clienti per operare i trasporti da un conto all'altro, e il mandato *bianco* che serve a ritirare i fondi depositati nella Banca in conto corrente, non sono che dei *chèques*. I boni di cassa dati dai banchieri sono pure dei *chèques*, come a dire, in embrione. Lo stesso è dei *récépissés* che servono a certificare i depositi e a ritirarli secondo il bisogno. Infine il Credito fondiario, il Credito mobiliare, il *Comptoir d'escompte* rilasciano abitualmente dei *carnets* o ricevute, veri *chèques*, col mezzo dei quali i loro clienti eseguiscono tutti i movimenti dei fondi che fanno parte del loro conto corrente. Così Darimon.

Ma è necessario compulsare un poco la storia del paese donde vengono gli *chèques* onde prepararne la definizione. Si sentiranno volontieri le parole della Relazione sopra citata.

« La loi anglaise reconnait deux espèces d'effets ayant le caractère commercial et correspondant aux notes: la lettre de change (*bill of exchange*) et le billet à ordre (*promissory note*). Il y a peu de différence entre la législation anglaise et la nôtre en ce qui concerne le billet à ordre. Mais, contrairement à ce qui a lieu chez nous, la lettre de change a deux destinations distinctes dans la loi commerciale de l'Angleterre. Elle a pour objet, soit les opérations limitées au territoire européen du Royaume-Uni, des îles de la Manche, de l'île du Man et des autres îles adjacentes: elle s'appelle alors *inland-bill* (lettre de change pour l'intérieur); soit les opérations dont le domaine est le monde entier, et dans ce cas elle s'appelle *foreign-bill* (lettre de change pour l'étranger). La condition d'une remise d'argent d'une place sur une autre place n'est pas exigible pour l'*inland-bill* (2); un négociant de

(1) Relazione presentata al Corpo legislativo nella tornata del 25 maggio 1865.
(2) Lettere di cambio per l'interno.

Digitized by Google

8° La falsità della data sia in un *chèque*, sia in un *inland-bill* a vista, si sconta con una ammenda di cento lire a carico del traente.

Altre pene molto più severe possono essere applicate dall'arbitrio del giudice secondo le circostanze (1), quando la creazione o il trasporto dei *chèques* sia infetto di frode.

Fin qui la *Relazione* sul progetto della Legge la quale più avanti veniamo sottoponendo a breve disamina.

A quel tempo negli usi del commercio francese lo *chèque* si era largamente insinuato *sotto forma di* récépissé *o di quietanza;* il progetto si occupò invece dello *chèque* sotto forma di mandato, e ciò si fece avvertitamente, avendosi in animo di comprendervi ogni forma. Difatti nella esposizione dei motivi si leggeva: « Cette disposition s'explique d'elle-même; la faculté « de créer le *chèque sous toutes les formes* ne peut manquer d'en faciliter l'émission, en « permettant aux uns de choisir le mode qui présente le plus de garanties; à d'autres, celui « qui offre le plus de sécurité; à d'autres, enfin, celui qui permet le moins de faire circuler « leur signature ». Ma la Commissione formulò l'articolo (2) con un altro spirito; e stimò di dover restringerne la portata alla forma del *mandato di pagamento*, che fu difatti l'idea del primo progetto di legge proposto al Corpo legislativo. L'ozione lasciata tra il mandato e il *récépissé* parve non offrire che degli inconvenienti. Noi non ci fermiamo a considerarli codesti inconvenienti; ma riconosciamo cogli uomini pratici la difficoltà di fare sparire gli ordini basati sulle ricevute, che lungi dall'essere finzioni, come altri disse, sono verità evidenti, a causa d'esempio, rapporto ai pagamenti fatti in via di deposito o in conto corrente. Questa forma di contratto, disse saggiamente Nouguier (3), resterà; la sua validità non potrà esser messa in dubbio; nè manca materia legittima a titolo trasmissibile avendo in vista i rimborsi che saranno per operarsi in un tempo qualunque. Ma con quale diritto sarà a giudicarsi un tale contratto? Le sue conseguenze giuridiche, disse ancora Nouguier, non potranno essere che quali convengono alla particolare sua forma.

Ecco ciò che può osservarsi su questo proposito. Le *chèques-reçus* furono sempre trasmissibili di mano in mano, senza che fosse mestieri di girata, anche nel caso che non fossero stilati *al portatore*. Poteva ben dubitarsi se i terzi portatori fossero investiti, rimpetto ai segnatari, di quegli stessi diritti che derivano da un effetto di commercio; e quindi il soscrittore del biglietto fosse tenuto a rimborsarlo senza poter dedurre a favor proprio veruna eccezione dalla forma del titolo (4). Il tribunale di commercio e la Corte d'appello di Parigi, autorità gravissime in questa materia, decisero nel senso favorevole al creditore (5).

Per me evidentemente preferibile è l'opinione fortemente sostenuta da Alauzet, che assegna effetti più limitati al *mandat-reçu*, sebbene se ne riconosca la validità ed anche la opportunità negli usi frequenti del commercio; forme molto più semplici che lo *chèque* visto secondo la legislazione attuale. Si può convenire che nelle trasmissioni del *mandat-reçus* si ritrovi l'elemento della cessione; ciò però non esclude che i suoi rapporti non siano retti dalla legge comune, dite pure dalla legge civile; per conseguenza il possessore di questo recapito non ha azione di regresso che verso il proprio cedente, provata la non realtà del credito ceduto; i cedenti non rispondono della esigibilità, non sono tenuti in solido; molto meno il cessionario dell'ordine ha la proprietà dei fondi somministrati a titolo di provvista, come, secondo il giure francese, i possessori della lettera di cambio. Dopo la sistemazione dei *chèques* risultante dalla Legge del 1865, gli altri titoli affini, ma non contemplati da essa, e si direbbe non organati, non possono pretendere a quel gius speciale che è il carattere della nuova legge, e rimangono semplicemente sotto la protezione del diritto comune.

---

(1) In Inghilterra il giudice molto frequentemente fa le veci della legge.

(2) Che è il primo della legge.

(3) Commento alla Legge del 14 giugno 1865, num. 28.

(4) V. anche Alauzet, commento alla detta Legge.

(5) Parigi, 3 marzo 1861 (Sirey, vol. LXIV, part. II, pag. 25). Ma in senso contrario avevano pronunziato la Corte di Bordeaux nel 21 dicembre, e la Corte di Nimes nel 6 agosto 1857, come pure la Cassazione francese nel 27 luglio 1858.

Digitized by Google

ART. 1.

Le chèque est l'écrit qui, sous la forme d'un mandat de paiement, sert au tireur à effectuer le retrait, à son profit ou à profit d'un tiers, de tout ou partie de fonds portés au crédit de son compte chez le tiré, et disponibles.

Il est signé par le tireur et porte la date du jour où il est tiré.

Il ne peut être tiré qu'à vue.

Il peut être souscrit au porteur ou à profit d'une personne dénommée.

Il peut être souscrit à ordre et transmis même par voie d'endossement en blanc.

ART. 2.

Le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable; il est payable à présentation.

ART. 3.

Le chèque peut être tiré d'un lieu sur un autre, ou sur la même place.

ART. 4.

L'émission d'un chèque, même lorsqu'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne constitue pas, par sa nature, un acte de commerce.

Toutefois, les dispositions du Code de commerce relatives à la garantie solidaire du tireur et des endosseurs, au protêt et à l'exercice de l'action en garantie, en matière de lettre de change, sont applicables aux chèques.

ART. 5.

Le porteur d'un chèque doit en réclamer le paiement dans le délai de cinq jours, y compris le jour de la date, si le chèque est tiré de la place sur laquelle est payable, et dans le délai de huit jours, y compris le jour de la date, s'il est tiré d'un autre lieu.

Le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le paiement dans ces délais ci-dessus, perd son recours contre le tireur, si la provision a péri par le fait du tiré, après lesdits délais.

ART. 6.

Le tireur qui émet un chèque sans date, ou qui le revêt d'une fausse date, est passible d'une amende égale à six pour cent de la somme pour laquelle le chèque est tiré.

L'émission d'un chèque sans provision préalable est passible de la même amende, sans préjudice de l'application des lois pénales, s'il y a lieu.

ART. 7.

Les chèques sont exempts de tout droit de timbre pendant dix ans, à dater de la promulgation de la présente loi.

1. *Genesi della istituzione. Denominazione, e come non sia traducibile nell'idioma italiano.*
2. *Differenze fra lo chèque e la lettera di cambio, dedotte dalla loro forma.*
3. *Il mandat-reçus o récépissé (ricevuta di somme in deposito) si differenzia dallo chèque principalmente perchè questo è mandato di pagamento ed organo di compensazione.*

Digitized by Google

4. *Sulla disponibilità dei fondi, carattere assoluto della esistenza dello* chèque.
5. *Lo* chèque *non può esser tratto che a vista.*
6. *È all'ordine o no; nominativo o al portatore.*
7. *Sulla provvista dei fondi, e quanto si riscontri differente da quella che ha luogo per le lettere di cambio.*
8. *Sull'articolo* 4.

Lo chèque *non è atto di commercio per indole sua propria, sebbene tratto da un luogo e pagabile in un altro. Il principale scopo della istituzione è di giovare al comodo di tutti i cittadini.*

9. *Lo* chèque *non è neppure un biglietto all'ordine. Ma può vestire carattere commerciale dalla qualità, della causa e delle persone.*
10. *Si è trovato compatibile la natura civile dello* chèque *colle prerogative che tolgono dalla forma cambiaria.*

Le formalità del protesto si eseguiscono secondo le prescrizioni della legge del cambio, quantunque il giudizio che ne segue sia per esperimentarsi in giudizio civile.

11. *Sull'articolo* 5.

Lo chèque *è sempre pagabile a vista, ma deve presentarsi nel breve termine prescritto, e in caso di rifiuto redigersi il protesto.*

12. *Altrimenti il possessore dello* chèque *incorre nella decadenza; quali ne siano gli effetti anche a ragguaglio della nostra legge cambiaria.*
13. *Quale obbligazione contiene lo* chèque *giudicato secondo la legge di commercio italiana.*

---

1. Noi che ci poniamo ad esaminare una legge straniera, dobbiamo principalmente portare lo sguardo alle applicazioni che potremo farne, in una relazione d'analogia colle leggi nostre, ricercando in quelle disposizioni il vero carattere di questa forma di contratto commerciale che già ha passato le Alpi ed entra a golfo lanciato negli usi del nostro commercio.

Noi ci troviamo in presenza di una forma nuova alla quale, nel nostro linguaggio legale, manca persino il vocabolo. La voce inglese (*check*), viene tradotta agevolmente in francese (*chèque*). Sino dalla origine significò *ordine di pagamento;* ed era una cedola o cartella di deposito che le Banche (1) rilasciavano ai deponenti creditori, all'intento di ritirare a piacer loro le somme depositate, ovvero di trasferire ad altra persona il loro diritto (2). Questo titolo ha avuto molto più tardi il suo svolgimento crescendo d'importanza col commercio che cominciò a valersene in un gran numero di combinazioni, ma noi lo vediamo mantenersi fedele alla sua origine, ed annunziarsi ancora col nome di *mandato di pagamento* (3). Che se lo *chèque* è essenzialmente un mandato di pagamento, non ogni mandato di pagamento è uno *chèque*, disse opportunamente ALAUZET; nè si è permesso di farne uso in tutti i casi in cui un mandato, anche a vista, potrà occorrere. Da ciò la definizione adottata nel primo articolo, sembrando aversi voluto escludere che lo *chèque* sia uno istrumento di credito, ma sia più presto un *istrumento di liquidazione e di pagamento.* I termini dell'articolo starebbero a dimostrarlo, specialmente ove si dice essere *un retrait;* non si ritira una somma che non esiste, e l'idea del pagamento o del rimborso vi è dentro scolpita. Lo *chèque* fu compilato anche nella vista di sfuggire alla imposta a cui sono soggetti i titoli ordinari di credito, cosa insieme di giuridico e di finanziario (Dio ci liberi dalle leggi che nascono da tale mistura). « Sans doute, diceva M. DE FORCADE, peut « y avoir mandat de paiement sans provision « préalable, mais alors ce n'est pas un chè« que, et l'impôt est dû comme pour toute va« leur de crédit ».

Dopo ciò a noi è impossibile inventare il vocabolo corrispondente, sino almeno che non avremo anche noi una legge per regolare

---

(1) Dette: *joint-stock-banks* — o di deposito.

(2) Come si disse nella Introduzione.

(3) FORCADE DE LA ROQUETTE, al Corpo legislativo, diceva: *La forme naturelle du mandat de payement.* Vi era una questione d'imposta che dominava il progetto, e quasi tiranneggiava i vocaboli onde il Relatore ebbe a dire: « Comme le point de départ « du projet est une *question fiscale*, la préoccu« pation des intérêts du trésor se reproduit néces« sairement dans la plupart des articles et tient la « première place dans le projet ».

Digitized by Google

questa combinazione, o introdurvi nuovi e più vitali elementi. Se noi traduciamo *mandato di pagamento* vuoi all'ordine o al portatore, non diciamo *chèque*, non c'intendiamo commercialmente, ci converrebbe convertire una denominazione in una definizione; e non è poi strano che si conservi ad una legge straniera il nome che ha voluto darsi quasi suggello della sua origine.

2. La maggiore utilità che noi potremo ricavare da questo esame, forse sarà di bene comprendere la differenza che passa fra la natura dei *chèques* e gli effetti commerciali propriamente tali che occupano il sommo, per dir così, della gerarchia, la *lettera di cambio* e il *biglietto all'ordine*. Si è toccato al numero precedente dello scopo della istituzione onde verrebbe in rilievo la vera natura di questo titolo; nelle discussioni preliminari era un continuo ripetere che lo *chèque*, anzichè un istrumento di credito, era un mezzo di liquidazione. Altri osservò che la stessa lettera di cambio non fu in origine un istrumento di credito, non avendo altra missione che di trasferire specie effettive da un luogo all'altro; e molto più tardi servì al movimento di valori ideali, e diventò la leva più potente del credito. Onde POUYER-QUERTIER esclamava, lo *chèque* è tutt'altro; è un mezzo di compensazione, è il danaro contante, è il vicario (permettete a me questa frase) del numerario, e gridava ai francesi, quasi insipienti nei grandi misteri del commercio: « Eh bien, je le déclare, si vous n'arrivez pas au bureau de compensation, alors vos banques de dépôt sont exposées à avoir des sommes considérables à verser instantanément en échange des chèques qui seront tirés sur elles. Mais si vous arrivez à ce qu'on appelle la *compensation*, à ce que les anglais appellent le *clearing-house*, à ce bureau où se présentent toutes les valeurs que les banquiers possèdent sur leurs confrères, de manière que toutes ces valeurs peuvent être changées chaque jour en quelques heures, il résulte de cette organisation, vous le savez aussi bien que moi, que pour des sommes de 50 à 60 millions par jour, en débit et en crédit, il ne sort pas un écu des *clearing-houses*, ni des caisses des banquiers ».

E sono veramente miracoli del credito; ma lasciando simili considerazioni agli economisti, restringiamoci al nostro indirizzo giuridico. È facile rilevare le differenze fra la lettera di cambio italiana o francese, e lo *chèque* vestito alla francese. Ravviciniamole pel comodo del lettore.

a) La lettera di cambio è tratta da un luogo sopra un altro — lo *chèque* può esserlo.

b) L'una e l'altro portano inevitabilmente la data.

c) La lettera di cambio vuole indicata la somma a pagarsi: lo *chèque* ne tace. Ma è ben necessario che la somma sia enunciata; nessuna obbligazione pecuniaria può esistere senza dichiarazione di somma.

d) Nella lettera di cambio obbligo di enunciare il nome della persona alla quale si deve pagare; quanto allo *chèque*, esso è al portatore o *a persona nominata*.

e) La lettera di cambio enuncia *il tempo e il luogo in cui il pagamento deve effettuarsi*. Di regola fra la tratta e il pagamento vi ha l'accettazione. — Lo *chèque* è pagabile *a vista;* non suscettibile di accettazione.

f) Lo *chèque* non esprime il *valore somministrato*.

g) Non ha pluralità di esemplari (2ª, 3ª, ecc.).

h) La lettera di cambio è degradata e cangia natura se la sua esposizione esteriore non sia sincera (articolo 198) — niente di questo per lo *chèque*.

i) Le girate delle cambiali sono formulate dalla legge (art. 223); lo *chèque* è tramissibile, anche in bianco, e in qualunque modo.

l) La lettera di cambio è un atto di commercio fra ogni sorta di persone; lo *chèque non è un atto di commercio*.

m) Quanto alla prima la *provvista dei fondi* è piuttosto nella natura del contratto di cambio che nella essenza, rispetto al secondo è cosa *essenziale*.

n) Il possessore di una lettera di cambio a vista deve richiederne il pagamento entro *tre mesi*, nei casi ordinari (art. 246); il portatore d'un *chèque* deve esigere nei cinque, o al più negli otto giorni.

o) Ma gli atti e i diritti più importanti della lettera di cambio (il protesto, l'esercizio delle azioni, la garanzia in solido del traente e dei giranti) sono comuni ai *chèques* (1).

---

(1) Formola d'uno *chèque*.

Firenze, 10 luglio 1869.

Buono per lire 2000.

A vista pagate all'ordine nostro (o al signor *P. C.*, o al suo ordine o al portatore) *la somma di lire* 2000 *addebitandomi nel conto.*

Sottoscritto N. N.

Digitized by Google

Le suddette differenze fanno chiaro, che gli *chèques* lungi dal soppiantare od emulare la cambiale, la rispettano; specie di scorridori leggieri e volanti sul campo del credito nella più semplice divisa, lasciano alla lettera di cambio il commercio grosso e potente, e si schierano fra gl'istrumenti minori. Emilio Ollivier nella tornata del 5 maggio (1865) diceva con molta finezza; egli è mestieri, coi giureconsulti romani, considerare lo *chèque* come una specie di tradizione *brevi manu;* come un ingegno istituito non *per creare un valore che non esiste*, non per attribuire nella opinione un credito che non si ha, e neppur a batter moneta (1), ma soltanto per risparmiare il giro del numerario e rendere profittevoli al pubblico e agli individui le economie che ne risultano.

3. La forma del mandato (pagate) è stata preferita a quella della *ricevuta* provante il credito, per più ragioni. La ricevuta non nomina persona a cui favore sia per effettuarsi il pagamento. La ricevuta del banchiere, depositario della somma, può smarrirsi e cadere in mani poco oneste, con pericolo dello stesso banchiere che può esser esposto a doppio pagamento, non essendo punto la dichiarazione del banchiere un effetto al portatore. L'altra differenza lasciamola dire ad Ollivier, che ce ne farà una pittura: « C'est « une différence entre le récépissé et le chèque. Le récépissé m'est délivré pour que « j'aille le toucher et mettre dans ma poche « l'argent qu'il représente; le chèque m'est « délivré pour que je l'envoie à un banquier « qui le porte à mon compte, comme il y portera ceux qui je délivrerai moi même; de « façon qu'il opère une compensation sur « moi-même, puis qu'il étende ses compensa- « tions à ces divers clients, puis aux maisons « de banque de dépôt. Par suite de cette série « d'opérations de pure comptabilité, sans qu'un « centime ait été déplacé, on arrive à liquider « d'immenses opérations et à épargner au « commerciant et au pays tout entier le dépla- « cement des espèces et la perte du temps ».

4. *Dei fondi disponibili* (articolo 1°). Non essendo lo scopo di questo biglietto che di realizzare in anticipo fondi disponibili, sotto l'aspetto della sicurezza, tiene in qualche modo del biglietto di banca, e tende a convertirsi in una moneta fiduciaria.

Ma qual è il vero significato — *fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles?*

Una spiegazione di Darimon è questa: « Les « fonds en compte courant peuvent provenir, « non seulement des dépôts, mais encore des « recouvrements et des opération faites par « elles (le banche) aux lieu et place de leurs « clients ». Quindi ogni specie di credito può servire di alimento a un *chèque.*

Non essendo il *chèque* di sua natura atto di commercio, e quindi potendo farne pienamente uso anche i non commercianti, il conto di cui parla la legge, non s'intende per necessità fra commercianti. Un credito del possidente *A.* *conto corrente* verso il possidente *B.* è un conto nel senso di questa legge, qualunque sia il titolo o la causa del credito. E i fondi si dicono disponibili quando si ha un credito certo, liquido, ammesso ed esigibile: anche esigibile dopo un certo tempo. La disponibilità è fondata in precedente convenzione fra il creditore deponente e il debitore depositario.

5. *Le chèque ne peut être tiré qu'à vue.* Non sarà dunque permesso agli stabilimenti di credito o chiunque altro stipulare a certo numero di giorni dopo vista? Sarà permesso; ma ponete mente che lo *chèque* non è più. Il titolo diventa, come in Inghilterra, un mandato ordinario, e non ha più il privilegio della esenzione del registro (Relazione Darimon).

6. Lo *chèque* è all'ordine, o non all'ordine; a favore di persone nominate o al portatore. Se non è *all'ordine*, il biglietto è tuttavia trasmissibile, ma si rimane nei termini del mandato; il soscrittore del titolo, ricercato del pagamento, può opporre le sue eccezioni personali.

Lo *chèque al portatore* è di una utilità incontestabile; ma sento preferirsi in Inghilterra quello all'ordine; ed è il solo possibile in quei banchi di compensazione, appellati *Clearing-houses*, essendo necessario il concorso del creditore e del debitore, ossia di persone che espongano il nome per compensarsi vicendevolmente dei loro crediti.

7. *Provvista* (articolo 2).

Non si può trarre lo *chèque* su se stesso; così ritengono gli scrittori, e le parole della legge non ammettono il dubbio. Non si dubita neppure che una casa sociale non possa caricare il pagamento ad altra pertinente alla medesima società, e avente sede altrove.

La *provvista*, ossia la precedenza dei fondi, è dell'intima natura dello *chèque.* Eventuale nella lettera di cambio ove la fiducia prevale, la esistenza dei fondi è necessaria a costituire lo *chèque:* qui si lavora sulla realtà; se

(1) Sebbene sia un modo assai bene inteso per realizzare moneta.

Digitized by Google

vogliamo anche chiamare lo *chèque* uno istrumento di credito, diremo di credito *reale*, e non di *personale*. Non solo nella *preesistenza* e nella *qualità* della provvista ma altresì nella *persistenza* il divario è sommo. Nella operazione di cambio la disponibilità dei fondi non è una condizione; dominano gli eventi; nello *chèque* la disponibilità è assoluta condizione d'esistenza; nè soltanto dipendente dall'azione, dal diritto, ma fondata nell'accordo delle parti e nell'ammissione del debito certo e liquido fatta dal debitore medesimo, come sopra si disse.

Quanto alla proprietà che appartenga al possessore dello *chèque* sui fondi disponibili, pare non possa elevarsi il menomo dubbio nei casi ordinari. Si può disputare nel caso del fallimento del debitore (trattario), avvenuto prima della scadenza del recapito. Nel qual caso distinguono i commentatori. Se i fondi materialmente esistono, con destinazione speciale all'oggetto, restano separati e inconfondibili col patrimonio del fallito. Se però i fondi consistessero in crediti compensabili, il fallimento renderebbe impossibile la compensazione. Su questa parte si potrebbe rispondere, ma trovo ulteriormente negli autori che in siffatte questioni è necessaria la guida del fatto non potendosi decidere in astratto; e poichè sarebbe una vera deviazione l'occuparcene, passiamo ad altro.

8. *Sull'articolo* 4.

Come mai lo *chèque* tratto da un luogo sopra un altro non sarebbe un atto di commercio di quell'eminente indole e grado che è una lettera di cambio?

La questione fu sollevata fra le notabilità oratorie del Corpo legislativo. ERNESTO PICARD e BERRYER sostenevano la tesi affermativa; ma M. LAVENAY, commissario del governo, ragionava più strettamente sul carattere della istituzione e sul suo scopo. Egli diceva: « Le chèque est un instrument de liquidation qui n'est pas seulement employé dans les habitudes de commerçant, *il est employé aussi comme mode de paiement dans les habitudes de simples particuliers*; toute personne peut payer un fournisseur, pour une livraison quelconque, avec un chèque..... On a donc pensé qu'on ferait une chose utile à la propagation des chèques, utile à cette habitude qu'on veut développer, de déposer les fonds disponibles en comptes courants, *en permettant aux particuliers non commerçants de payer avec un chèque même d'une place sur une autre place les livraisons qui leur auraient été faites, et cela sans change de juridiction*, et sans qu'ils deviennent, eux qui ne sont point commerçants, qui n'ont aucune affaire de commerce, justiciables de la juridiction des tribunaux de commerce ».

« Je le répète, c'est, il est vrai, une dérogation à la présomption qui fait considérer comme opération de commerce toute remise d'argent de place en place; mais c'est une dérogation qui a été faite intentionellement *en faveur de l'institution des chèques, en faveur de leur propagation, à raison de leur objet et de leurs causes habituelles; au profit enfin des personnes non commerçantes* qui veulent se servir, pour la simple liquidation de leur obligation, de ce mode de paiement » (Tornata del 22 maggio 1865).

È inoltre ad osservarsi, che lo *chèque* eziandio pagabile in diverso paese non vestirebbe le altre qualità della lettera di cambio, mancando l'espressione del valor fornito. Ma una differenza vi ha dedotta dalla intrinseca natura dei due atti. Lo *chèque* è un contratto oneroso, o non lo è; ma inchiudendo pure lo *chèque* una cessione corrispettiva (come d'ordinario accade), non sarebbe mai *una operazione di credito*, bensì di liquidazione o compensazione o rimborso. La giurisdizione commerciale non sarebbe dunque attaccata a tale negozio, molto meno l'arresto personale.

Se non che lo *chèque* potrà per altro titolo qualificarsi una obbligazione commerciale, come una scrittura qualunque. Se il debitore è un commerciante, sarà citato avanti il Tribunale di commercio per quella presunzione che nasce dall'esercizio abituale. O si esclude la causa commerciale (1), la giurisdizione è prettamente civile anche per le persone commercianti.

9. Lo *chèque* non è neppure un biglietto all'ordine, benchè munito delle clausole all'ordine o al portatore; non appartiene agli effetti commerciali; non è per indole sua soggetto alla giurisdizione commerciale, benchè munito di prerogative che possono dirsi *straordinarie*, singolari cioè e divise da tutte le idee tipiche delle convenzioni non commerciali.

Proseguiamo questo esame, tenendoci agli sviluppi presentati nelle discussioni, e così alle fonti. Questo diceva il Relatore del progetto, esponendo l'articolo 4.

« Deux questions avaient été soulevées

(1) Articolo 3 num. 3 del nostro Codice di commercio.

Digitized by Google

l'année dernière dans la discussion sur les chèques; *le chèque devait-il être considéré comme un acte de commerce, et les contestations qui naîtraient à son sujet ressortir toujours à tribunaux consulaires? La faculté d'endossement, si elle était accordée au chèque, devait-elle entrainer la solidarité du tireur et des endosseurs, comme cela a lieu en matière de lettres de change?* Ce sont-là des questions délicates sans doute; mais il ne faut pas s'en exagérer l'importance, et la solution à laquelle se sont arrêtés la Commission speciale et le Conseil d'Etat, nous parait résoudre toutes difficultés ».

« Au premier abord il semble que, pour empêcher tout conflit entre les compétences, il soit nécessaire de stipuler que les contestations relatives aux chèques dirigées contre le tireur ne seront du ressort du tribunal de commerce que si celui-ci est un commerçant. Mais en examinant les choses d'un peu plus près, on voit bien vite que cette disposition augmenterait les complications. Qui déciderait, en effet, dans le cas où le tireur étant un commerçant, le chèque serait endossé par un ou plusieurs commerçants? Les mots *par sa nature*, introduits dans la rédaction du projet, enlèvent tous les équivoques; *ils indiquent nettement que le chèque sera considéré comme un acte de commerce ou comme un acte civil, suivant la qualité des parties et les causes à raison desquelles il aura été souscrit.* La compétence sera réglée par ces tribunaux suivant les règles ordinaires du droit commun. Mais le projet de la loi va plus loin; quoique le chèque emis d'un lieu sur un autre *ait le cachet extérieur d'une lettre de change*, il n'est point néanmoins nécessairement assimilé à cette dernière en ce qui concerne la compétence. Il eût été difficile, du reste, de faire cette assimilation; en fait, le chèque tiré d'un lieu sur un autre servira le plus souvent à liquider des obligations contractées par des particuliers non commerçants, obligations qui n'auront aucun caractère commercial dans leurs causes » (1).

10. Poste queste generalità che informano, a così dire, la prima parte dell'art. 4, viene ad osservarsi la seconda parte che potrebbe farci pensare come mai fosse conciliabile la natura civile dell'atto coi privilegi della più eminente commercialità che vi sono annessi, se il biglietto all'ordine fra persone non commercianti, e per causa puramente civile, non ci offerisse lo stesso fenomeno (2). L'egregio relatore del progetto la diceva cosa naturale. « Une assimilation plus naturelle est celle qui « est relative *à la garantie solidaire du tireur « et des endosseurs, au protêt et à l'exercice « de l'action en garantie.* Ici on comprend que « les dispositions du Code de commerce reçoi« vent leur application. Au point de vue éco« nomique, une telle solidarité est nécessaire « au succès des chèques et à leur adoption « générale. Le porteur de chèque doit avoir « une sécurité complète; la nécessité de la « provision lui garantit en outre le paiement « de son chèque. Si l'on repoussait cette soli« darité, on aboutirait à des conséquences « absurdes. Faudrait-il n'admettre dans aucune « hypothèse le recours du porteur du chèque « contre celui qui le lui a remis? Mais en « considérant le chèque comme une monnaie, « on ne peut arriver à une conclusion aussi « radicale, le porteur d'une pièce fausse ayant « parfaitement un recours contre celui de qui « il la tient. La solidarité est indispensable; « elle résulte de la nature même des choses ».

Da una parte la legge dei chèques sconnette e confonde le nozioni del cambio, poichè voi potete operare in tal guisa un cambio da piazza a piazza senza fare atto di commercio; dall'altra deroga ad ogni principio delle convenzioni civili, partecipando all'atto le prerogative del diritto cambiario.

Non basta, e l'amalgama non cessa. Sentiamo ROUHER, destinato a tanta celebrità. « Lorsque le chèque émis donne lieu à des « contestations, *les recours en garantie peu« vent être exercés conformément aux disposi« tions du Code de commerce.* C'est ce qui « énonce l'article 4 (3); il vous dit *que toutes « les fois que le chèque sera protesté, toutes les « fois qu'il y aura dénonciation du protêt, les « formalités seront remplies suivant les pre« scriptions du Code de commerce.* — C'est « ainsi que les choses se passent pour un « billet à ordre souscrit par un simple ci-

(1) Ci sia perdonata qualche ripetizione nel riprodurre che veniamo facendo i pensieri altrui su questo soggetto; pei quali ci è dato a conoscere con quale forza fossero compresi codesti principii, e come si presentassero uniformi nella mente di quei legislatori.

(2) Il testo pare se ne accorga e senta il brusco passaggio... *ne constitue pas un acte de commerce... toutefois...*

(3) Queste parole alludono a quel duro testo — *Les dispositions du Code de commerce... sont applicables...* e possono raffigurare una estensione per lo meno: ma è uno dei legislatori che parla.

« toyen. Lorsque, à l'occasion d'un billet à « ordre, on exerce un recours contre le sous- « cripteur ou contre les endosseurs, toutes les « formalités prescrites par le Code de com- « merce sont suivies dans le cas même où ce « billet est souscrit et garanti par des indi- « vidus non commerçants. — Mais dans cette « circonstance si le souscripteur n'est pas un « commerçant, il peut décliner la juridiction « consulaire et demander son renvoi devant « le tribunal civil. C'est une distinction que la « loi établit pour les chèques. Les procédures « auxquelles le chèque peut donner lieu seront « réglées par le Code de commerce, sans que « les tribunaux de commerce soient toujours « et nécessairement saisis des contestations ».

Adunque le formalità del protesto saranno eseguite a norma del Codice di commercio; e pare ne conseguiti che l'esercizio della garanzia, onde l'atto di protesto si svolge nelle sue conseguenze, abbia a procedere per la stessa via. Nondimeno da quel lampo di paragone col biglietto all'ordine sottoscritto *da un semplice cittadino*, l'oratore ci fece intendere che dopo il protesto, e nei termini stabiliti pel processo cambiario, si potrà intentare il giudizio avanti i tribunali civili.

Un commentatore (Alauzet) ha rimarcato un effetto *assez bizarre* di questa situazione anomala formata dallo *chèque*, e che non è il solo. La lettera di cambio in certi casi perde il suo carattere per diventar *una semplice promessa*: e lo *chèque* no (1). Il perchè accade che lo *chèque*, quantunque di natura civile (come la semplice promessa), produce mai sempre obbligazione in solido di tutti i segnatari (conformemente al nostro articolo 225), e la lettera di cambio cade più in basso, e la solidarietà si scioglie.

Non è a dire che quando lo *chèque* è al portatore, si trasmette manualmente come ogni altro effetto di questa forma, e senza garanzia.

11. *Sull'articolo* 5.

Intorno al pagamento dello *chèque* e al tempo in cui dovrebbe essere effettuato, Pouyer-Quertier osservava al Corpo legislativo. « Comment voudriez-vous, qui paraissez prendre la défense des banques de dépôt, admettre que ces banques consentent à ce qu'on tire sur elles des lettres de change à vue par des sommes considérables? *Quand se présenteront-elles ces lettres de change? Le banquier n'en sait rien* (2). *Il sera engagé pour six mois* (3), *jusque au dernier jour où on a le droit de présenter ces lettres de change.* La Commission toute entière a voulu, au contraire, *par la création du chèque, garantir la sécurité des banques de dépôt; car elles ne sont jamais engagées au delà de vingt jours si le chèque est de la place sur la place* (4); *et au delà de huit jours s'il est tiré d'une place sur une autre* (5). Il en résulte donc que le banquier qui prevoit une crise, que le commerçant qui aperçoit quelques circonstances extraordinaires au point de vue financière, *peut défendre même à son créancier de tirer de nouveaux chèques sur sa caisse* (6). Il s'entendra avec lui sur la manière dont il remboursera la somme qu'il lui doit, mais il ne voudra jamais rester exposé à payer des chèques qui peuvent ne se présenter qu'au bout de deux, trois, quatre ou six mois. L'échéance de la lettre de change à vue ou à plusieurs jours est indécise (7). Le banquier ne peut savoir a quel moment, à quelle heure elle se présentera à sa caisse. Il ne sait s'il aura alors provision, ou non, pour payer cette valeur qui aura circulé pendant plusieurs mois. Si les délais légaux sont expirés, on pourra encore le faire protester » (8).

12. Se cotali prescrizioni non sono osservate, non presentandosi cioè il possessore a riscuotere nei termini indicati, incorre nella decadenza formulata nel secondo periodo dell'articolo 5. La Commissione per ordine dell'assemblea dovè ritornare sulla propria redazione, e la riformò nel tenore del presente articolo, non senza dichiarare per bocca del suo relatore (Darimon) di non aver mai dissen-

(1) Lo abbiamo notato anche in principio di questa breve monografia. La lettera di cambio esiste ed ha la sua forza nel complesso dei suoi requisiti essenziali; uno che ne manchi, diventa obbligazione semplice, cioè molto inferiore al valore d'uno *chèque*. Neppure presso i francesi lo *chèque* è sussidiario di una lettera di cambio; sono due enti giuridici separatissimi e niente omogenei fra loro.

(2) Non precedendo accettazione.

(3) Per *tre* mesi, secondo il nostro articolo 246.

(4) Pagabile nello stesso luogo.

(5) Deroga espressa delle leggi cambiarie.

(6) Si è detto di sopra che la tratta degli *chèques* è già intesa col debitore.

(7) Laonde lo *chèque* è sempre pagabile a vista.

(8) Non intendo quest'ultima proposizione. Il capoverso dell'articolo 4 dice chiaramente che al protesto si applicano le regole della lettera di cambio; quindi il protesto dovrà farsi il giorno appresso la scadenza. Ciò che qui si dichiara rapporto alla presentazione del titolo all'effetto del pagamento, riguarda il fatto del creditore, mentre il protesto percuote il fatto del debitore.

Digitized by Google

tito nel principio. « Dans l'esprit de la Commission ce paragraphe (1) signifiait seulement que, *si le porteur d'un chèque laissait passer les délais, il perdait le recours en garantie qui résultait de son titre.* Jamais ni la Commission, ni le Conseil d'Etat n'avaient eu la pensée que le fait d'avoir négligé de présenter le chèque en temps utile entrenait pour le porteur *une déchéance absolue et définitive, et que celui qui n'eût plus le droit d'agir par les voies ordinaires.* L'opinion contraire était exprimée en termes très-explicites dans l'exposé des motifs du projet de loi, et si le rapport de votre Commission ne l'avait pas reproduite, c'est qu'elle jugeait qu'il ne pouvait y avoir le moindre doute a cet égard ».

La decadenza adunque del possessore dello *chèque* importa che i giranti sono immediatamente liberati; e l'azione non si mantiene che nei rapporti del traente. Non vi era bisogno di dire che il traente stesso può respingere la molestia dimostrando di aver provveduti i fondi. La provvista dei fondi è un fatto implicito, anzi necessario, nello *chèque;* lo abbiam detto più d'una volta. Mancando la provvista, ossia la base del credito sul quale s'appoggia, lo *chèque* cade da ogni virtù, è il meno privilegiato dei titoli. È forse per questo che la legge si limita a dire che il portatore perde ogni ricorso verso il traente, *se la provvista è perita per fatto del trattario* presso il quale esisteva.

La teoria può assumersi nella forma seguente. Il traente che ha fatto il suo dovere è nella linea dei garanti; risponde o non risponde della obbligazione, secondochè il possessore dell'effetto è in regola o no colla presentazione e colle formalità del protesto. Mancando il portatore al debito suo, il traente sfugge alla risponsabilità provando di aver adempito al proprio. La natura del titolo fa sorgere, io credo, una presunzione a favor suo, quanto alla previa esistenza dei fondi; ma spetta a lui provare che non sono venuti meno presso il trattario sino al giorno della scadenza. Se sono periti, ma dopo la *scadenza*, e non per fatto del traente, questi è pure sciolto d'impegno. La ragione si è che il traente non può più ricuperare il fatto suo per colpa del creditore medesimo.

Lo *chèque non costituisce una novazione:* esso è riguardato come un pagamento condizionale, o meglio come *una semplice indicazione della persona incaricata a pagare la somma*, giusta la nozione dell'articolo 1273 del Codice civile. Sembrerebbe quindi ragionevole che il creditore non fosse assoggettato a veruna condizione per conservare il suo diritto: ma l'atto di protesto si ricerca sempre come la prova legale della presentazione in tempo debito, e del rifiuto di pagamento. La mancanza di esso fa sparire la risponsabilità dei semplici garanti; ma il debitore originale non è mai esonerato dalla prova di aver fornito al terzo i mezzi del pagamento ch'egli deve, invece sua, eseguire. In tutto questo io trovo che la condizione del traente è sempre la stessa. Chi crea una lettera di cambio e riceve il corrispettivo, è nella condizione del datore dello *chèque*, che con questo mezzo intende di soddisfare un debito precedente. Se i fondi sono periti *dopo la scadenza*, neppure il traente della cambiale risponde di questo fatto.

13. Posso omettere qualunque osservazione sugli art. 6 e 7, che non hanno interesse per noi (2); ma giovi portare uno sguardo sul trattamento che saremo per fare a quest'atto che, con nome per noi intraducibile, si chiama *chèque*, se si presentasse ai nostri giudizi.

Lo *chèque* alla forma francese, ragguagliato alla legislazione che ci regge, è una obbligazione senza carattere speciale; una obbligazione comune, benchè rivestita delle clausole *all'ordine* o *al portatore*. Sarebbe in realtà un biglietto all'ordine quando vi si vedesse aggiunto il requisito *del valore somministrato in danaro, in merci, in conto od in qualunque altro modo* (articolo 273). Per noi sarebbe allora non già uno *chèque*, ma un vero biglietto all'ordine, conformato ai nostri istituti legislativi; nè ci sarebbe luogo a ricercare la causa intenzionale dell'atto che per avventura ritraesse qualche cosa di proprio dagli usi del paese; noi lo giudichiamo un atto commerciale o non commerciale, colle norme che applichiamo al biglietto all'ordine.

Quanto alla portata giuridica dello *chèque* noi non possiamo vedervi che una obbligazione unilaterale, salvochè il mandato ad ordine di

(1) Quello che la Commissione veniva dal riformare.

(2) Del resto la materia può vedersi con ampiezza trattata da NOUGUIER e da ALAUZET, che sono fra i glossografi dei più accurati, e dai quali e dalle discussioni sostenute nel Corpo legislativo, sono tratte le premesse osservazioni; e abbiamo stimato utile di non porvi del nostro che una compilazione più succinta e ordinata ai bisogni di un'appendice.

Digitized by Google

pagamento non sia accettato dal terzo al quale è diretto. Che importa che io scriva a voi, mio amico e corrispondente, *vorrete pagare al signor M. 1000 lire* senz'altro? Per verità nuovo rapporto giuridico non sorge da questo indirizzo che rappresenta per parte mia un desiderio e non un diritto; soltanto io, quale mandante, dovrò rispondere del non essermi posto in grado di obbligare la persona indicata ad eseguire o assumere il pagamento. Noi siamo nei termini precisi dell'articolo 1273 (1). Vero che il creditore che ha accettato quel modo di pagamento, deve esaurirne le pratiche; deve fare le diligenze opportune per riscuotere; è responsabile dei danni recati dalla sua negligenza o dalla sua colpa. Tutto questo però, secondo i principii del diritto civile o del diritto commerciale semplice, quando si provasse che le persone sono commercianti, o l'obbligazione procede da causa commerciale.

Ho veduto promuoversi questioni sull'applicazione della penalità, risultando la falsificazione dello *chèque*.

Forsechè il falso cade in una *scrittura di commercio?* No: è falso di *scrittura privata*, o si consideri il Codice penale onde si governa il maggior numero delle provincie italiane, o quello che ancor vige in Toscana. L'art. 345 del primo Codice dichiara che scritture di commercio s'intendono le *cambiali e biglietti all'ordine*. L'articolo 246 del secondo dice che *le falsità..... in cambiali o altre scritture commerciali all'ordine..... si considerano come commesse in documenti pubblici*. Noi dovremmo attribuire allo *chèque* quel carattere che in esso riconosce la patria legislazione; perchè indi si desume la gravità dell'offesa che si ebbe in animo di fare al diritto. È scritto in quella legge che lo *chèque* non è un atto di commercio. E non lo è neppure per le nostre leggi; e la stessa conclusione avremo, quale delle due legislazioni voglia applicarsi. Lo *chèque* non sarebbe mai una obbligazione commerciale per propria natura; potrebbe riceverne il carattere da aggiunti estrinseci. Ma ciò non basterebbe a costituirlo un titolo cambiario per applicare le pene decretate alla falsificazione di un titolo cambiario.

(1) « La semplice indicazione fatta dal debitore di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione ».

8 OTT 1863

Digitized by Google

APPENDICE II.

DEL COMMESSO VIAGGIATORE

DALL'OPERA DEL RIVIÈRE
coronata dall'Accademia di Legislazione.

Paris, 1863, Cossé et Marchal.

1. *Perchè questa seconda Appendice? Osservazioni preliminari.*
2. *Degl'istitori secondo il diritto romano. Che sia il commesso viaggiatore odierno?*
3. *Il contratto non è semplicemente di mandato ma ancora di locazione d'opera.*
4. *Niuno si può obbligare a fare il commesso viaggiatore per tutta la vita. Se il contratto sia originalmente nullo, o il commesso abbia facoltà di rescinderlo e recederne quando gli piaccia.*
5. *Servigio esclusivo del commesso viaggiatore, qualunque sia la forma sotto la quale riceve il salario.*
6. *Doveri del commesso viaggiatore verso la casa preponente; ma il commesso viaggiatore non risponde del caso fortuito.*
7. *Se sia esposto in qualche caso ad arresto personale.*
8. *Diritti speciali: sulle anticipazioni fatte dal commesso viaggiatore: sono dovuti gl'interessi: diritto di ritensione pei salari.*
9. *È forse privilegiato il credito del salario del commesso viaggiatore?*
10. *Delle perdite personali dal commesso viaggiatore sofferte in causa o ad occasione del servigio. Se e come debba esserne indennizzato.*
11. *Responsabilità del commesso viaggiatore rapporto ai contratti da lui conclusi. E delle facoltà implicite nascenti dall'indole e carattere della sua missione.*
12. *Cessazione delle funzioni del commesso viaggiatore.*
    a) *Contratto a tempo determinato.*
    b) *Tempo indeterminato; salario ad anno.*
13. — c) *La morte del preponente scioglie di pieno diritto il contratto del commesso viaggiatore.*
14. — d) *Del fallimento del preponente.*
15. *Indagini sulla competenza.*

1. Credo di non ingannarmi dicendo che pochi si fanno una nozione esatta di quell'istrumento del commercio che è il *commesso viaggiatore;* quindi non avendo avuto spazio altrove, volli dedicarvi in questo estremo del volume alcune pagine che non saranno prive di interesse. Io sono convinto che l'appendice sarà più pregevole quanto meglio rappresenti in rapido compendio i concetti dell'autore sopra citato, che ha fatto studi specialissimi

Digitized by Google

sulla materia: l'appendice non ha altro scopo. Come però non soglio mai accettare senza esame le altrui opinioni, esporrò brevemente anche la mia ove importi, e citerò quella dell'autore quando io non convenga con lui, o quando sia per trovarlo alle prese con qualche obbiezione che io pure creda da risolversi in senso conforme.

In quasi tutte le piazze che si distinguono per importanza commerciale vi hanno agenti chiamati *rappresentanti del commercio*, che comprano e vendono per conto dei commercianti, mediante un premio proporzionale sul complesso della operazione. Per l'ordinario non sono commercianti per conto proprio; non hanno fondachi nè magazzini: corrispondono coi commercianti fuori della piazza e li tengono al corrente del corso del cambio e delle vicende del mercato.

Codesti agenti differiscono dai commissionari per due maniere: 1° essi non operano *in proprio nome*, ma per altrui conto e nome; 2° hanno un carattere più generale, un abito per così dire di rappresentanza, che il commissionario non ha: egli assume mandati speciali che hanno termine colla operazione (1).

I *rappresentanti del commercio* si dividono ancora e più fortemente dai *sensali di merci*. L'ufficio di costoro è legale in quanto esclusivo, ma la persona essendo eleggibile nella classe, riceve così facoltà convenzionale e demandata. Più limitata rispetto all'esercizio (2), la loro azione suole anche circoscrivere quella dei così detti rappresentanti del commercio che, numerosi e un poco parassiti, tendono a fare illegittima concorrenza coi sensali patentati. Il *commesso viaggiatore* ha una fisonomia, un carattere, delle attribuzioni così particolari, che forma una categoria da sè.

2. L'institore o preposto nelle abitudini romane non aveva soltanto l'incarico di vendere e comprare per l'interesse del suo proponente in un luogo destinato; vi aveano istitori che estendevano il loro esercizio al di fuori; percorrevano le provincie offrendo le merci loro consegnate: istitori ambulanti (3). Non sarebbero però a confondersi coi nostri *commessi viaggiatori*, il cui organamento, se così può dirsi, ha delle attinenze troppo pronunciate col movimento commerciale moderno, che certo non s'ispira da quello degli antichi romani. Il commesso viaggiatore è il figlio dell'industria immensamente accresciuta; la sua patria è quella del commercio, cioè il mondo ch'egli trascorre a passi concitati e senza riposo; egli scioglie il problema del moto perpetuo; nella sua persona vigile, accorta, instancabile, l'industria si anima, e partendo da mille centri diversi, trafora e si mostra, per così dire, presente in ogni luogo: il commesso viaggiatore è uno degli organi più utili al commercio, e lavora alla sua diffusione colla forza di una macchina continuamente applicata a quell'uso.

Il commesso viaggiatore rappresenta la casa dalla quale è inviato negli affari del suo commercio; per vendere, comprare, commettere, e fare ogni altra operazione alla quale suole dedicarsi la casa o stabilimento; non però con quella indipendenza che appartiene al commissionario nei particolari negozi che sostiene, ma con riserva di approvazione se pure non sia munito di un mandato generale, che talvolta si deduce dalla qualità stessa delle operazioni alle quali è ostensibilmente preposto, come diremo altrove.

Lunga mano, se è permessa la frase, di un commercio da altri affidatogli, il commesso viaggiatore non è un commerciante: per sè e quanto a sè *non esercita che un'industria*, checchè sia quando eserciti anche un commercio per conto proprio (Di ciò V. al n° 5).

3. Nel contratto che interviene fra il commesso viaggiatore e il preponente o patrono, s'incontrano misti gli elementi *della locazione d'opera e del mandato con salario*.

Ci sono degli scrittori che non sanno vedere nei commessi viaggiatori che dei mandatari salariati (4); e con ragione il nostro autore (n° 14) rifiuta quella dottrina. Il commesso viaggiatore non è semplicemente un mandatario, ma eziandio un locator d'opera. Egli non differisce in ciò dai commessi sedentari che stanno a vendere nei fondachi e nelle taberne; ha un carattere di *famigliarità* che non appartiene punto al mandatario semplice (5). Gli effetti del mandato si appalesano scopertamente rimpetto ai terzi; ma i rapporti del commesso viaggiatore verso il preponente sono più estesi o più intimi, se dir si voglia, che di semplice mandatario. Egli non è libero

(1) Vedi il comento al num. 228, 229, ecc.

(2) Vedi il comento dal num. 149 a 167.

(3) Leg. 4 e 18, Dig. lib. XIV, tit. III. V. Cujacio, sulla Leg. 4, Dig. de instit. actione.

(4) Tali sono Alauzet, *Com. du Code de comm.*, num. 606; Duranton; Paul-Pont, sull'art. 2101 del Codice Napoleone, num. 83; Aubry e Rau, note a Zachariæ, vol. II, § 260, num. 12.

(5) *Differt a simplici procuratore quod quasi famulari videatur apud dominum* (Mühlenbruch, Doctr. Pand., § 431, nota 11.

di rinunciare, come gli talenti, al mandato; il contratto di locazione d'opera non spira colla morte del locatario, e adduce obbligazioni correlative alla sua natura.

4. Un giusto rispetto dell'umana dignità e della libertà individuale dettava l'art. 1780 del Codice Napoleone (1). Niuno può impegnare i suoi servigi di commesso, viaggiante o no, per tutta la vita, o per un tempo assai lungo; la immodica durata è apprezzabile dai tribunali. Ma un tale negozio *sarebbe nullo assolutamente, e l'una e l'altra parte potrebbe invocare la nullità?*

Il nostro autore (nº 17) sostiene che il contratto è originalmente illecito, offensivo del sacro diritto di libertà, citando un motto ardente di J. Favre in questo proposito, conclude che ogni parte può invocarne la nullità. Troplong invece, da uomo pratico e non esageratore, insegna che colui che siffattamente impegnò la sua persona, può sottrarsi alla esecuzione del contratto (*Louage*, num. 856) in ogni tempo, e senza veruna indennità; e la sua opinione a me sembra preferibile.

È altamente ragionevole e in tutto conforme alla legge, che l'azione per liberarsi dall'impegno pertenga *al locatore non al conduttore dell'opera*. Perchè una casa di commercio non potrebbe garantire ad un suo commesso l'impiego per tutta la vita? Questa sensibile protezione accordata ad un pover'uomo, carico di famiglia, tolto forse da una posizione assicurata, in che offenderebbe la sua dignità personale? E sia suggello del non buono giudizio che fanno quelli che credono all'originale nullità del contratto, col solito vizio delle opinioni superlative.

E così sarebbe come non fatta la promessa di non lavorar mai, in verun tempo, in un'industria analoga presso altra casa; l'alienazione perpetua della libertà personale apparisce anche da simile convenzione. Senonchè impegnando l'opera, la nostra libertà personale si sommette volontariamente a delle restrizioni; e in cento casi si troverà che il vincolarci per un tempo più o meno lungo, il rinunciare ad altri modi d'esercizio della libertà medesima, non ha nulla d'illecito e condannevole.

5. Generalmente parlando, il commesso viaggiatore dedica in modo esclusivo i suoi servigi alla casa dalla quale è condotto. Non può quindi (salvo convenzione) esercitare un commercio suo proprio, molto meno di un genere da far concorrenza a quello cui è preposto.

Le convenzioni che si fanno fra il commesso viaggiatore e la casa preponente, a retribuzione dei servigi, sono varie; appuntamenti fissi a giorno, a mese o ad anno; spesso aggiuntovi un premio proporzionato all'esito delle commissioni; o il salario consiste in questo stesso premio proporzionale, con indennità delle spese di viaggio o senza; ma il commesso viaggiatore è quasi sempre interessato nell'esito, stimolo potentissimo alla sua attività, senza però acquistare qualità di socio. Le case librarie hanno i loro viaggiatori per vendere opere o ingaggiar firme; e promettono un premio ad ogni firma che si raccoglie, o ad un certo numero, o fanno sconti o rimesse sulle opere che si spacciano.

Qualunque sia il modo delle convenzioni e la forma per così dire del salario, il commesso viaggiatore, secondo la comune giurisprudenza, non può distrarre i suoi lavori a scopi personali, o prestare servigi ad altre case (2), eccetto che il viaggiatore non faccia abitualmente professione di rappresentare l'interesse di più case di commercio, senza essere dedicato esclusivamente ad alcuna. In tal caso egli non è a qualificarsi propriamente *commesso viaggiatore*, ma prende un carattere più ecletico: può chiamarsi un commissionario, e riveste qualità di commerciante.

6. I doveri del commesso viaggiatore verso la casa committente, in ordine alle operazioni a lui affidate, sono quelli di un mandatario (3). Egli dee starsene ligio alle istruzioni che riceve; chiedere schiarimenti anzichè agire a capriccio nelle commissioni dubbie; tranne che, sorpreso dalla urgenza dei casi, gli sia forza abbandonarsi alle proprie ispirazioni in sincerità e buona fede. Ciò avviene di tutti i commessi e di tutti i mandatari del mondo, lanciati a distanze dalle quali non possono comunicare coi loro mandanti senza che l'affare perisca intanto o si deteriori notabilmente nelle

---

(1) Al quale corrisponde il 1628 del Codice civile: « Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa ».

(2) Il Codice di commercio spagnuolo (art. 199), fra le cause che danno diritto a rescindere il contratto, annovera il fatto delle negoziazioni che il commesso-viaggiatore si permettesse per conto proprio o di terzi all'insaputa o senza il consenso della casa committente.

(3) E non solo di mandatario, ma altresì di locator d'opera, come si è detto sopra; ciò non toglie che gli obblighi non siano distinti come sono distinti i rapporti dei due contratti.

Digitized by Google

loro mani (1). L'esattezza, la diligenza nell'informare la sua casa dello stato degli affari, sono pure doveri indiscutibili del commesso viaggiatore.

Egli deve render conto delle somme che riceve dalla casa; di quelle che impiega a proprio profitto deve gl'interessi (articolo 1750 del Codice civile). Se le cose consegnategli vanno perdute senza colpa di lui, per caso fortuito e irreparabile, lo protegge il principio *res perit domino*.

Ma le note di banca, i danari? La vecchia scuola vi dice ch'egli è un deposito irregolare; ed essendo l'*abbicì* della teoria del deposito, la condanna del commesso sembra inevitabile. Tuttavia, uomo retto come siete, se vi si porti per così dire sul campo del fatto, *vis à vis* dell'avvenimento, e vi mettete un poco nei panni di quello niente invidiabile missionario del commercio, sentite qualche cosa che ripugna. Il bastimento sul quale viaggiava il commesso ha fatto naufragio; il pover'uomo si è salvato, ma nudo, sopra uno scoglio. Si sa che egli portava 100,000 lire in fogli di banca di proprietà della casa che doveva versare ad un banchiere di Cadice di cui stava per afferrare il porto. Colla teoria del deposito irregolare e della confusione che si fa dei danari altrui coi nostri in modo da non poterli più discernere, voi condannate il commesso viaggiatore a rifondere le 100,000 lire che ha perdute pel furore della tempesta con quello che aveva del suo e quasi colla vita.

Io non ho tempo adesso, e non è questo il luogo per combattere la dottrina del deposito irregolare, almeno per quanto riguarda l'estensione che le si vuole attribuire, e le conseguenze a cui si spinge. È vero che il commesso viaggiatore non potrà provare di aver serbato distinto il suo portafoglio da quello in cui riteneva il prezioso deposito, quantunque sia probabile: ma che perciò? Egli proverà che aveva tutta la somma quando venne a bordo; potete dubitare che sia perita nella tempesta? Che sia passata in suo dominio è una finzione, una finzione crudele per contrastare una verità evidente: ma è una finzione grossolana ed una menzogna palese, perchè uno stipendiato che viaggia non può aver confuso un pacco di 100,000 franchi non suoi con qualche cinquantina di franchi suoi propri; perchè non può mai esser concorsa la volontà del commesso, esposto a tanti rischi di mare e di terra, di burrasche e di ladroni, a caricarsi del pericolo quanto ai biglietti di banca, mentre non si è caricato del pericolo delle gioie e dei diamanti che portava legalmente con sè in quella missione fiduciaria e quasi famigliare (2).

7. È nata forte contestazione avanti i tribunali francesi, se il commesso viaggiatore sia soggetto in massima all'*arresto personale*. L'autore ne tratta al capo II, e noi volgeremo l'argomento a qualche profitto tenendo in vista la nostra legge la quale così si esprime: « l'arresto personale sarà pronunziato contro « il commerciante condannato per debito com« merciale » (articolo 727, nº 1).

Molte decisioni francesi spacciarono l'affermativa (3); indi si levarono i contrasti (4). La sentenza negativa, meno forse in quei casi in cui l'esercizio del commesso viaggiatore s'improntava, secondo le circostanze, di un carattere commerciale molto evidente, la sentenza negativa prevalse.

Abbiamo già detto (nº 2) che il commesso non funge, quanto a sè, atto di commercio; o non è che un impiego, come suole pel commesso sedentario; o è l'esercizio di un'industria, rapporto al commesso viaggiatore che si travaglia per vie più ingegnose e con qualche maggiore libertà d'azione. Il nostro autore però (nº 60) crede che se il commesso viaggiatore è cointeressato negli utili dell'impresa, tale partecipazione costituisca atto di commercio.

Io vi richiamo alla distinzione che fa il Codice; il *commerciante* è condannato all'arresto *per debito commerciale*; contro i non commercianti non si pronuncia l'arresto *se non per atti commerciali* di natura cambiaria (art. 727, nº 3). Non sarei facile ad ammettere la qualità dell'atto commerciale nella convenzione

(1) Questo dicesi sotto l'aspetto dei doveri inerenti alla qualità di commesso-viaggiatore. Vi hanno però circostanze nelle quali bisogna riconoscere in essi facoltà implicite a definire i negozi che trattano, come si mostrerà più avanti (V. num. 11).

(2) Mi piace però di vedere che la vieta distinzione in qualche modo si rammorbidisca nelle dottrine di Delamarre e Poitvin (*Contr. de comm.*, vol. II, num. 228); Troplong (*Mandat.*, num. 437 e seg.), e di altri moderni.

(3) Cassazione francese, 3 gennaio 1828, 23 agosto 1838 (Devilleneuve, vol. LV, part. I, pag. 808); Rouen, 5 gennaio 1835 (Devilleneuve, vol. LV, p. II, pag. 602). Vedi Coin-Delisle, *Contrainte par corps*, append., art. 4, num. 18).

(4) Nouguier, *Des tribunaux de commerce*, vol. II, num. 79; Massé, vol. III, num. 7 e 8; Corte di Parigi, 21 gennaio 1854; Corte di Lione, 21 agosto 1836 (*Journal du Palais*, vol. LVII, part. II, pag. 85).

che stipula il commesso viaggiatore, locante la propria opera ad un commerciante; benchè il salario sia prestato sotto forma di premio proporzionale alle vendite o agl'incassi. Ansichè commerciante egli stesso, il commesso viaggiatore presta servigio ad un commerciante, e non si associa propriamente alla speculazione giacchè non ne divide le sorti, non ha la responsabilità delle perdite o dei guadagni, ma solo la sua industria è meglio o peggio retribuita, secondochè la fortuna è più o meno propizia al preponente.

Ma dato che quello sia *atto di commercio*, non perciò il viaggiatore commesso diventa un commerciante, non essendo abituale in lui la professione di commerciante; piuttosto è abituale in lui il servire ad altri, traendo profitto da' suoi vantaggi personali, dalle sue particolari attitudini a quel genere d'industria.

8. Senza trattenermi sui diritti e sugli obblighi derivanti dalle convenzioni, sul che non può dirsi cosa notevole, basterà toccare di qualche specialità propria di questa natura di contratto.

La casa deve rimborsare al commesso viaggiatore le anticipazioni fatte per lei, e per queste sono dovuti gl'interessi: i diritti di commissione, gli appuntamenti fissati, non portano interessi se non dalla costituzione in mora. Ma non si domandano gl'interessi delle somme anticipate quando si è in ritardo del conto (1). È veramente chi non ha reso il conto *neque debitor, neque creditor*, nè il commesso può asserire di essere in credito delle anticipazioni.

E gli si accorda il *jus retentionis* per i suoi salari e diritti sino al pagamento (POTHIER, v° *Mandat*, n° 59).

9. *È forse privilegiato il credito dei salari dovuti al commesso viaggiatore?*

Per l'articolo 664 del Codice di commercio « il salario dovuto agli operai impiegati direttamente dal fallito durante il mese che ha « preceduto la dichiarazione di fallimento è « ammesso fra i crediti privilegiati nello stesso « grado del privilegio stabilito nell'art. 956 « del Codice civile per i salari dovuti alle persone di servizio. — *Il salario dovuto ai commessi per i sei mesi che hanno preceduto la « dichiarazione di fallimento è ammesso nello « stesso grado* ».

Prima della Legge francese del 1838 il *commesso* non avrebbe potuto collocarsi fra i creditori privilegiati se non facendolo passare come *persona di servizio* o *famigliare;* malgrado però che il credito del *commesso* fosse di poi espressamente compreso nel privilegio, autorevoli opinioni ne volevano escluso il commesso viaggiatore, continuandosi a considerare come un mandatario salariato (2). Il nostro autore (n° 82) osserva che nella qualificazione generale di *commesso* può bene trovar luogo quella di *commesso viaggiatore,* imperocchè la legge non distingue. « Le commis voyageur « est un préposé qui remplit au dehors des « fonctions de même nature que le commis de « magasin. Il y a même raison de lui attribuer le privilége mentionné dans cette disposition », ma allora soltanto che il commesso viaggiatore sia riconosciuto a stipendio fisso. Questo è che si denomina *salario;* e in tale denominazione non potrebbero venire quei compensi proporzionati agli utili con cui tante volte il commesso viaggiatore viene retribuito. Se la retribuzione è mista di stipendio fisso e di partecipazione incerta sugli utili, quello e non questa sarà oggetto di privilegio (3).

(1) Cassazione francese, 21 giugno 1819 (PARDESSUS, num. 558).

(2) DURANTON, vol. XIX, num. 38, nota 2; FAVARD DE LANGLADE, *Répert.*, v° *Privilége*, sect. I, § 1; PAUL-PONT, sull'articolo 2101 del Codice Napoleone, num. 85.

(3) Così nettamente decise il tribunale di commercio di Parigi nel 27 gennaio 1857 (*Journal du Palais*, vol. LVIII, part. III, pag. 48).

Ricordo una decisione proferita dalla Corte suprema di Torino, *me referente*, nella causa di Moise Maestro contro Franco; ed ebbi occasione di definire la relazione del commesso per gli effetti dell'articolo 592 del nostro Codice di commercio: « Atteso, ivi si disse, *commesso* doversi intender « colui che presta i suoi servigi personali in fatto « di commercio, con retribuzione fissa o anche in« determinata, ma corrispondente al servigio e per « ragione di esso, donde nasce una relazione di « dipendenza non diversa da quella che i dome« stici e gli operai hanno verso chi conduce l'opera « loro, condizione giuridica che si è voluta difatti « parificare nel suddetto articolo ». Nella specie era stabilito che Maestro aveva una convenzione con quella casa editrice all'oggetto di procurare associati e smercio ad una grande opera da essa pubblicata, con premio di lire 100 per ogni soscrizione di nuovo associato, e di lire 500 ad ogni venticinque associati a titolo d'incoraggiamento. La Corte suprema osservò, che questa non era la posizione dipendente e famigliare di un commesso salariato; ma quella pari e indipendente che ha un contraente di fronte all'altro, e non ammise il credito fra i privilegiati (Sentenza del 28 novembre 1867, *Monitore dei Tribunali*, 1868, pag. 14).

La legge non accorda al commesso viaggiatore, come al commissionario (art. 73), un privilegio per le spese anticipate al patrono: i privilegi non devono estendersi.

10. Una casa di commercio incontra certe obbligazioni verso il commesso viaggiatore, che quantunque non estranee ai principii del mandato in generale, sono quasi caratteristiche di questa posizione.

Il commesso viaggiatore può soffrire tali sconci, tali perdite, tali disastri in causa del servigio che presta, da nascere il forte dubbio se la casa committente debba indennizzarnelo.

Ragionando in genere del mandato e della indennità che il mandante deve in certi casi per le perdite sofferte dal mandatario, Pothier distingue la *causa* dalla *occasione*; Domat è remissivo, ne lascia l'arbitrato al giudice secondo le circostanze. L'art. 1754 del Codice civ. (conforme all'articolo 2000 del Codice Napoleone) lasciata la disquisizione delle parole, dice con molta semplicità. « Il « mandante deve parimenti tener indenne il « mandatario delle perdite sofferte *per occa-* « *sione degli assunti incarichi*, quando non gli « si possa imputare alcuna colpa ». Il criterio della decisione che non può mai essere stabilito *a priori*, deve stare in ciò: *che il commesso non avrebbe sofferta quella disgrazia o quel danno se non avesse dato opera al mandato* (1). Se il commesso viaggiatore dirigendosi col treno ordinario alla città ove deve eseguire i negozi della casa, nell'urto di due convogli è ferito nel capo, la casa dovrà pagare le spese ed anco indennizzarlo pel tempo del suo forzato impedimento; se ha sviato dalla strada retta per visitare un amico in una città laterale, ed ivi è stato sorpreso dall'infortunio, a giudizio rigoroso non può chiedere indennità.

11. Intorno alla responsabilità del commesso viaggiatore, relativamente ai contratti da lui definiti, è facile vedere che contemperate le operazioni ai termini del suo mandato, non è mai tenuto del proprio nè verso il patrono, nè verso i terzi.

Ma può dubitarsi della estensione della sua facoltà, quando non avendosi sott'occhio il mandato, o i termini di esso non essendo abbastanza espliciti, sia d'uopo dedurre le facoltà dell'agente rapporto ai contratti definiti dalle consuetudini commerciali, dall'indole della sua missione e dalla ragione dei fatti meglio che dalle scritture.

Due sono le opinioni, forti amendue di autorità.

Un'opinione sostiene che il commesso viaggiatore non può conchiudere i negozi ch'egli tratta se non facendo constare di averne ricevuta espressa facoltà (2); ed altra, in contrario, che la facoltà di concludere e definire gli affari è implicita e contenuta di ragione nel suo esercizio di commesso viaggiatore e di rappresentante della casa per la quale si adopera; e così il contratto è obbligatorio per ambe le parti (3).

Il nostro autore (n° 95) dice che l'una e l'altra opinione è troppo assoluta, che tutto dipende dalle circostanze particolari e dall'apprezzamento dei giudici.

Niuno sarà per negare ai fatti la più decisa influenza per risolver siffatte questioni; ma non sempre i fatti soccorrono o sono abbastanza chiari. E un criterio direttivo bisogna averlo, il quale deve fondarsi in quello che è più ragionevole a ritenersi in siffatto genere di mandati. Spedire dei commessi, dei rappresentanti in regioni lontane per comprare e vender merci, e fare altri negozi, e supporre che la loro facoltà non sia che di trattare senza conchiudere, ciò, come presunzione, sembra assurdo. Quale campo d'inganni aperto ai commercianti di buona fede che hanno comprato e pagato il prezzo; o hanno consegnate le merci nella persuasione che loro ispirava la casa rappresentata dal commesso viaggiatore, che nella missione affidatagli, nel possesso dei capitali che riteneva dalla stessa casa, presentava i segni più evidenti di onorevole fiducia! La presunzione contraria di un mandato a semplice iniziativa di affari e a mere trattative, tale da riportare sul commerciante di buona fede che ha compito il negozio una prova d'ordinario impossibile, non può essere

(1) *Non fuisse se id damnum passurum si mandatum non suscepisset:* nel senso di dar opera alla sua esecuzione. Il Codice spagnuolo che contempla questo caso si esprime — *se per l'effetto immediato e diretto del servizio che presta un commesso di commercio, questi fa spese o perdite straordinarie, e che non sia convenuto, ecc.*

(2) Bordeaux, sentenza del 4 aprile 1842 (Devilleneuve, vol. xlviii, part. ii, pag. 562), e 8 aprile 1843 (Devilleneuve, vol. xlviii, part. ii, pag. 561); Montpellier, 24 dicembre 1841 (Devilleneuve, xlii, part. ii, pag. 145), e 24 dicembre 1826.

(3) Parigi, 2 gennaio 1828; Bruxelles, 22 febbraio 1834; Rouen, 12 marzo 1847 (*Journal du Palais*, vol. xlix, part. ii, pag. 58); Limoges, 22 gennaio 1848 (*Journal du Palais*, vol. xlix, part. ii, p. 57); Dalloz, *Répert.*, v° *Mandat*, num. 139.

adottata; salvo che gravi circostanze non dimostrino che il rappresentante ha abusato dell'ufficio in modo abbastanza ostensibile ai terzi medesimi.

E più avanti il nostro autore ci rammenta la dottrina di Bartolo e di Fachineo che professavano in principio — che colui il quale ha facoltà di vendere, ha implicita anche quella di riscuoter il prezzo (1). Malgrado il cumulo di tanta autorità che decidono in modo pressochè uniforme una questione che si compenetra in quella sopra discussa, il nostro autore continua a sostenere che il mandato pieno non si presume se non si dimostra. Noi lo lasciamo nella sua credenza, che però a noi pare troppo assoluta (2).

12. *Cessazione delle funzioni del commesso viaggiatore.*

Distinguiamo i casi.

a) Termine stabilito alla durata della convenzione fra la casa preponente e il commesso viaggiatore. Questi viaggerà per la casa cinque anni; amendue le parti sono impegnate; nè l'una, nè l'altra può a volontà sua recedere dal contratto senza esporsi all'emenda dei danni, purchè non adduca motivi ragionevoli da riconoscersi dal giudice.

Se, correndo il tempo del contratto, la casa cede il suo stabilimento, ancorchè abbia mantenuto il contratto in corso col commesso viaggiatore, questi può ritenersi sciolto, non potendo essergli imposto di continuare i suoi servigi verso il nuovo proprietario; egli non subisce il trasporto forzato del servo della gleba. Ma non avrà ragione a indennità; la casa ha fatto uso lealmente del suo diritto.

b) Se non è fissato termine alla convenzione, ognuna delle parti può ritirarsi quando le piaccia, previa una disdetta e un certo intervallo di comodo che gli usi locali sogliono determinare.

Interrompendosi il contratto nel corso di un anno, non è di regola (ma può essere pattuito) di pagare il salario per lo intero anno, quantunque convenuto ad anno, non considerandosi l'anno come periodo stipendiario (3), ma come termine di ragguaglio onde proporzionarvi i contributi mensili (4). La giurisprudenza, sempre intenta a temperare il diritto colla equità, accorda al salariato che soffre un congedo estemporaneo e senza sua colpa, una indennità per quel tempo congruo che occorre a provvedersi di nuova occupazione.

13. *c*) *La morte del preponente scioglie di pieno diritto il contratto stabilito col commesso viaggiatore?*

Io mi permetto di prender la parola, e perchè l'autore va spezzando le sue conclusioni in modo che non può seguirsi il suo metodo, e perchè non tutte le sue conclusioni sono accettabili.

Nei termini della teoria pura e semplice del mandato, questo si estingue alla morte del mandante (art. 1757 del Codice civ.), serbati i temperamenti dell'articolo 1762. Vi è qualcosa di diverso nella teoria della commissione commerciale: l'interesse del commercio non vi avrebbe portata qualche modificazione? Quale sia il pensiero del nostro autore, io non posso comprenderlo, sembrandomi avvolto in contraddizione (5); e ciò mi scusa dell'andargli innanzi su questo punto.

---

(1) Trattandosi di cose mobili, e qui non parliamo d'altro, convengono Pardessus (num. 537); Delamarre e Le Poitvin (*Contr. de commiss.*, vol. II, num. 110); Duranton, v. XII, num. 51; Troplong, *Mandat.*, num. 519; Toullier, come Duranton, distingue se la vendita sia a termine o a contante; in questo secondo caso ammette la facoltà di ricever il prezzo (vol. VII, num. 25).

(2) Noi non possiamo che sorvolare sugli argomenti per la brevità nella quale dobbiamo restringere anche questa seconda Appendice. Non ci occupiamo neppure delle relazioni giuridiche, d'altronde molto note, fra il mandatario e il mandante, in quanto il primo sostituisca altri in sua vece, o il secondo ne ratifichi l'operato, o se il commesso-viaggiatore abbia agito in proprio nome, non essendo in tutto ciò che un assai mediocre interesse.

(3) Per esempio. Il sig. V. N., commesso-viaggiatore, riceverà un salario di lire 3000 annue....

(4) Così si pratica anche per gl'impiegati governativi, e generalmente per qualunque impiego, ancorchè non importi servizio giornaliero (sentenza della Corte di Bruxelles del 19 luglio 1828, e con questi principii giudicò più volte la Corte suprema di Torino.

(5) Ho bisogno di provare la mia ardita asserzione. A n. 147 egli dice così: « *Que déciderons-nous à l'égard de la mort du préposant? Est-elle une cause d'extinction de l'engagement? Non*, et si l'engagement est au mois ou à l'année, *il conservera ses effets aussi long-temps que les héritiers du patron n'auront pas fait connaître leur intention de résilier* ».

Un po' più avanti, al num. 170, si propone lo stesso problema; riporta la dottrina di Pardessus e di Pothier, della quale vengo a parlare, vi si conforma pienamente il nostro autore colle parole enunciate; e poi domanda: « Le législateur a-t-il voulu respecter ces principes? *Nous ne le pensons pas*; aux termes de l'art. 2003 du Code Napoléon *le mandat finit par la mort du mandant*:

Scrive PARDESSUS: « Ni la mort du pré« posant, ni son remplacement par un héritier, « ne révoquent de plein droit les pouvoirs du « préposé, tant que la gestion n'a pas été con« fiée à d'autres » (*Droit commercial*, n° 561). E POTHIER aveva propagata la stessa dottrina (*Trattato delle obbligazioni*, num. 448) (1). Si potrebbe rispondere che la dottrina di POTHIER s'inspirava al diritto romano. Ma il grande maestro non si riportava tanto al diritto romano, quanto all'interesse e alle consuetudini del commercio, insegnando: « Quoi« que, régulièrement, tout mandat finisse par « la mort du mandant, néanmoins *l'utilité de « commerce a établi*, que la commission de ces « personnes (*des préposés*) durât même après « la mort du négociant qui les a proposé, « jusqu'à ce qu'ils soient révoqués par les « héritiers, ou sa succession vacante, s'il n'en « a point laissé ».

Se non m'inganno, quel soverchio attaccamento che si professa al diritto civile come dominatore dei fatti commerciali, considerandosi la legislazione del commercio meramente *eccesionale*, fece confusione nella chiara mente del nostro autore. Le regole del mandato civile sono per certo osservabili in non pochi aspetti del mandato di commissione, ma non si pensi che questo contratto sia come assorbito e fuso nei disposti del diritto civile. E ciò per la ragione molto semplice che il mandato commerciale, che assume aspetti distinti ora d'institoria, ora di commissione, di direzione, ecc., si conserta con elementi contrattuali d'altra natura per soddisfare contingenze speciali al commercio, e che il Codice civile non contempla. Per verità il mandato civile, privato, individuale, non abbraccia quei grandi moltiplici, indefiniti, affari che si trattano per via di rappresentanza in commercio: nulla vi ha nel mandato ordinario civile che sia paragonabile all'azione del commesso viaggiatore, che si è messo già in relazione con incogniti commercianti di terre longinque, e ha imbastiti chi sa quanti affari quando viene a perder vita il suo proponente (2). La cessazione di diritto del suo ufficio sarebbe la paralisi di tutte queste negoziazioni, e non saprei vederne altro che danno. È dunque una teoria che merita di esser raccomandata, quella dettata dai giureconsulti romani, non derogata dal Codice civile, ed è la più logica e vera (3).

14. *d) Cessazione dell'ufficio del commesso viaggiatore per fallimento del preponente.*

Nei rapporti fra il commesso viaggiatore e il proponente, il nostro autore pronunzia giudizio negativo (num. 148). *Dovrà* il primo continuare nel suo ufficio *quando gli sia offerta cauzione sufficiente*. I creditori possono avere ben interesse di proseguire le negoziazioni iniziate, e le profittevoli relazioni. Ma ciò non basta al commesso, venuta meno la fiducia personale per cui assunse il mandato.

Più avanti (num. 171), l'autore osserva la questione nell'aspetto dei terzi.

PARDESSUS, nel citato num. 561, stabilisce che il fallimento del preponente (come la morte) non rompe per forza di diritto il contratto, sino a che la gestione non venga confidata ad altri; ossia sino alla revoca espressa o di fatto dell'agente. Il nostro autore disconviene e si allontana da quella dottrina (n° 171). « Nous pensons au contraire (sono le sue pa« role) que la faillite met fin au mandat du « commis, lorsque il s'agit des rapports avec « les tiers; et que les actes, qu'ils ont passés « avec lui après cet événement, doivent, en « thèse, être considérés comme nuls ». Ma così si afferma e non si ragiona; onde io debbo persistere nelle mie conclusioni precedenti. L'avere il commesso viaggiatore portato a termine gli affari, è, quanto a lui, la prova di non avere voluto prevalersi del suo diritto di recedere dal mandato, nonostante il fallimento del patrono; quanto ai creditori, che non hanno richiamato il negoziatore nè sostituito alcun altro, è prova della loro adesione e del loro consenso a mantenere il commesso viaggiatore in quella funzione. Con quale rettitudine si annullerebbero i negozi conclusi coi terzi in questo stato di cose?

15. *Indagini sulla competenza.*

« *et aucune disposition exceptionnelle pareille à celle « des textes du droit romain plus haut cités, n'existe « dans la législation moderne* ».

(1) VOET « Morte præponentis non evanescit ipso « jure institoris officium sed demum revocatione « per hæredes facto » (Pand., lib. XIV, tit. III, n. 3).

(2) Noi facciamo sempre il caso di un preponente individuo che venga a mancare; e non di un membro di una casa sociale, sia pur quello che ha sottoscritto il contratto. Il commesso-viaggiatore sarebbe preposto nell'interesse collettivo, e ciò meritava venir considerato dagli scrittori, e chiamerebbe a una disamina di particolari interessanti per la pratica, ma che io non debbo attendere in questa Appendice.

(3) DÉLAMARRE e LE POITVIN, *Traité de commiss.*, tom. III, num. 280, vengono nella stessa conclusione del nostro RIVIÈRE. In mezzo a tanta prolissità, quale leggerezza!

Digitized

Questa materia occupa il V ed ultimo Libro di Rivière. Non risponderei al mio assunto se non ne porgessi un cenno breve ma accurato al lettore, benchè questo tema della competenza abbia ad esser oggetto del mio comento in altro luogo. Ma io rammenterò quello che ne sono andato delibando per via; farò dei richiami, e mi accorcierò il cammino.

Determinare nel punto di vista territoriale il tribunale di commercio che deve giudicare fra i preponenti e i terzi, in seguito delle negoziazioni fatte coll'intermezzo del commesso viaggiatore, non è sempre facile assunto.

Nelle materie commerciali, la procedura civile dà la scelta all'attore di proporre l'azione avanti l'autorità giudiziaria del luogo: 1° ove ha residenza o domicilio il convenuto; 2° ove fu fatta la promessa e la consegna della merce; 3° ove dev'eseguirsi la obbligazione (art. 420 del Codice di procedura civile francese, articolo 91 del moderno italiano).

Ponendo queste basi, l'autore sembra volersi estendere largamente sulla materia della competenza locale, e per così dire generalizzarla; e difatti il rapporto giuridico del commesso viaggiatore sembra sparire, o almeno la parte che lo riguarda non è che incidentale. La trattazione (mi duole il dirlo) è disordinata, saltuaria, prolissa, ad imitazione di qualche altro trattatista di quella nazione; la posizione speciale del commesso viaggiatore è quasi dimenticata; ma ecco alcuni particolari che possono meritare attenzione.

a) Il commesso viaggiatore, *munito di facoltà*, conclude un contratto di vendita *nella casa del compratore;* le merci sono consegnate *alla casa del venditore*, suo patrono: quale sarà il tribunale competente nascendo contestazione? Non concorrendo amendue le *condizioni*, previste dall'articolo 420, num. 2 (francese), cioè la promessa e la consegna fatta *eodem loco*, converrà citare il compratore al tribunale del luogo di sua residenza o abitazione.

Ma se il commesso viaggiatore non aveva facoltà, e tuttavia il preponente ha ratificato il contratto e consegnato le merci nei propri magazzeni?

In questa specie, gravissimi scrittori e decisioni si uniscono nel dire che il compratore può essere tratto avanti il tribunale di commercio del venditore, riputandosi concorrere *amendue i fatti* suindicati.

E perchè? Perchè il commesso non era autorizzato a vendere; quindi il contratto non ebbe vita che col fatto ratificante del suo committente che consegnò le merci, e cioè alla casa del venditore (1).

Il nostro autore (num. 186) dice che questo non va, ed è un errore: io faccio plauso al suo criterio e alla sua indipendenza. È verissimo che il fatto del patrono, approvando il contratto di vendita fatta dall'agente, e retroagendo, fa che il contratto abbia avuto esistenza nel giorno medesimo e nel luogo in cui venne stabilito (2).

b) Non solo il venditore ma altresì il compratore ha la facoltà di citare avanti il tribunale del luogo ove deve effettuarsi il pagamento.

Ma tale facoltà gli è attribuita allora che la vendita stessa non sia seriamente controversa: altrimenti la contestazione dev'esser portata al giudice naturale, a quello del domicilio del preteso venditore (3).

c) In quelle vendite che si fanno da commessi viaggiatori senz'alcuna stipulazione relativa al luogo del pagamento, enunciando *la fattura* spedita al compratore insieme alla mercanzia, che il *prezzo è pagabile al domicilio del venditore*, si domanda se questo è veramente il luogo ove dovrà eseguirsi il pagamento, e per conseguenza sia attributivo di giurisdizione al tribunale ivi sedente.

Il dubbio sta in ciò; che la fattura è atto separato e fuori della convenzione, è opera dello speditore non delle due parti contraenti; inabile a produrre il grave effetto di distrarre il compratore dai suoi giudici naturali (4).

E la soluzione non può esser diversa in principio, ma l'accettazione anche tacita del compratore (che ha ritenuta la fattura senza reclamare, che l'ha girata ad altri, ecc.), aggiunge al fatto quella efficienza giuridica di cui mancava.

d) È competente il tribunale di commer-

(1) Sentenza della Cassazione francese, 17 dicembre 1821 (Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, num. 1507 *bis* e 1508 *bis*; Massé, *Droit commercial*, vol. II, num. 97; Nouguier, *Tribunal de commerce*, vol. I, pag. 365). — E non poche decisioni di Corti d'appello.

(2) A conforto si cita una sentenza della Corte di cassazione francese del 31 agosto 1832, e l'autorità di Boucenne, *Théor. de la procéd.*, vol. VI, p. 166.

(3) Decisioni: Cassazione francese, 27 febbraio 1856; Agers, 10 febbraio 1830. Se la convenzione risulta dallo scritto, il sedicente compratore avrà ragione fondata quanto alla competenza.

(4) Così decidevano la Corte di Lione nell'8 febbraio 1821, e quella di Tolosa nel 24 maggio 1839.

Digitized by Google

cio per conoscere dell'azione di un tale che pretende esser Tizio obbligato a viaggiare per la sua casa?

No: quando ci è contestazione. La legge (articolo 634 francese, articolo 723 num. 4 italiano) suppone che la qualità di *commessi*, *fattori*, *ecc.*, non sia contestata.

Ma l'articolo parla delle azioni *promosse contro i commessi* — non contro i patroni, i preponenti, armatori e simili; quasichè la giurisdizione non fosse fondata nella materia, ed in rapporti immutabili di diritto, e dipendesse dalla iniziativa dell'uno o dell'altro litigante. I piati non furono pochi; e per quanto ci attesta il nostro autore, in Francia si disputa ancora alacremente su questo punto, colla quale discussione, stemperata in molte pagine, chiude il suo lavoro. Stimo inutile il darne conto, essendo ora provveduto dal num. 4° dell'articolo 723 del nostro Codice di commercio.

FINE DELLA PARTE PRIMA

00578909
8

Digitized by Google

INDICE

DEI TITOLI E CAPI DEL LIBRO PRIMO

Introduzione . . . . Pag. 5
Relazione a S. M. del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti . . . . » 9
Regio Decreto 25 giugno 1865 . . . . » 24

LIBRO PRIMO

DEL COMMERCIO IN GENERALE

TIT. I. Dei commercianti . . . Pag. 27
(Escursione sulle miniere) » 63
(Della proprietà industriale, artistica e letteraria). . » 90
» II. Dei libri di commercio . . » 102
» III. Delle borse di commercio, degli agenti di cambio e sensali. . . . . » 114
Capo I. Delle borse di commercio » ivi
» II. Degli agenti di cambio e sensali . . . . » 122
(*Appendice.* — Legge 8 agosto 1854) . . . . » 196
TIT. IV. Dei commissionari . . . . » 202
Capo I. Dei commissionari in genere ivi
» II. Dei commissionari di trasporti per terra e per acqua . » 239
» III. Del vetturale . . . . » 263
TIT. V. Dei contratti commerciali in genere . . . . » 276
(Teoria del conto corrente) » 302
» VI. Della vendita . . . . » 314
(Corrispondenza letteraria e telegrafica in relazione all'articolo 92) . . . . pag. 336
TIT. VII. Delle società ed associazioni commerciali . . . . » 346
Capo I. Delle società . . . . » 350
Sez. I. Disposizioni generali . . . » ivi
» II. Della società in nome collettivo . . . . » 361
» III. Della società in accomandita semplice . . . . . . » 382
» IV. Disposizioni comuni alle società in nome collettivo ed a quella in accomandita semplice . . . . » 406
» V. Della società in accomandita divisa per azioni . . . . » 415
» VI Della società anonima. . . » 422
» VII. Disposizioni comuni alla società in accomandita divisa per azioni ed alla società anonima . . . . » 428

Digitized by Google

SEZ. VIII. Delle forme del contratto di società . . . . pag. 469
» IX. Dello scioglimento e liquidazione della società . . . » 493
» X. Della estinzione dell'obbligazione in solido . . . . » 542
CAPO II. Delle associazioni . . . . . » 553
SEZ. I. Dell'associazione in partecipazione . . . . » ivi
» II. Dell'associazione mutua . » 575
(*Appendice.* — Legge francese sulle società, del 24 luglio 1867) . . . . » 588
TIT. VIII. Del pegno . . . . » 600
» IX. Delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e della prescrizione ad essi relativa . . . . » 658
CAPO I. Della lettera di cambio . . » 697
SEZ. I. Della forma della lettera di cambio . . . . » ivi
SEZ. II Della provvista dei fondi pag. 760
» III. Dell'accettazione . . . . . » 777
» IV. Dell'accettazione per intervento . . . . » 805
» V. Della scadenza . . . . . . » 812
» VI. Della girata . . . . » 815
» VII. Della garantia in solido . » 837
» VIII. Dell'avallo . . . . » 841
» IX. Del pagamento . . . . » 848
» X. Del pagamento per intervento . . . . » 868
» XI. Dei diritti e dei doveri del possessore . . . . » 872
» XII. Dei protesti . . . . » 888
» XIII. Del ricambio . . . . » 908
CAPO II. Dei biglietti all'ordine . . » 920
SEZ. I. Dei biglietti all'ordine in danaro . . . . » ivi
» II. Dei biglietti all'ordine in derrate . . . . » 930
CAPO III. Della prescrizione . . . . » 935

APPENDICE I. — *Les Chèques* . . . . » 949
» II. — Del commesso viaggiatore . . . . » 961

INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE CONTENUTE IN QUESTO PRIMO VOLUME

A

Accettazione. — L'accettazione suppone la provvista. Esame di questo principio, n. 756, p. 763.
La promessa del traente *di procurare l'accettazione* è implicita e della natura della operazione cambiaria; non essenziale, n. 768, p. 778.
Casi in cui l'accettazione non ha luogo, num. 769, pag. 778.
Se il trattario sia libero di ricercare l'accettazione in un tempo qualunque prima della scadenza, num. 770, pag. 779.
Quando la richiesta dell'accettazione è obbligatoria, num. 771, pag. 780. — V. **Protesto** e V. **Lettera di cambio.**
Obblighi del traente e dei giranti verso il possessore della lettera di cambio cui il trattario ricusò l'accettazione, num. 774, p. 783.
Cauzione — portata ed oggetto, num. 775, p. 784.
Come si procede, num. 775 *bis*, p. 784.
Esame di alcune posizioni eccezionali, num. 776, pag. 785.
Chi *accetta* la lettera di cambio contrae l'obbligo di pagarla (articolo 208).
Se l'accettante possa eccepire la irregolarità della lettera o per schivare il pagamento, o compensare i suoi crediti, num. 777, pag. 786.
Della estinzione della tratta per via di confusione, num. 777 *bis*, pag. 787.
Dopo l'accettazione il traente non può disporre della provvista, salvo circostanze eccezionali, num. 778, p. 788.
Forma dell'accettazione, num. 781, p. 791.
L'accettazione è posta sulla stessa lettera di cambio. Motivo di questa disposizione, num. 783, p. 792.
Requisito della *data* dell'accettazione e sua importanza, num. 784, p. 797.
L'accettazione non può esser condizionale (art. 211). — *Quid* di una condizione potestativa posta dal traente o girante al trattario? Modalità aggiunta dal trattario, consenziente il presentatore, num. 787, p. 797.
Accettazione con riduzione della somma, num. 788, p. 798.
Colla clausola *per pagare a me medesimo*, num. 789, 790, 791, p. 799.
Accettazione colla clausola *sotto protesto*, num. 792, p. 802.
L'accettazione si ricerca al domicilio del trattario, ancorchè il pagamento debba eseguirsi al domicilio di un terzo, num. 793, p. 803.
In qual termine deve il trattario decidersi ad accettare la cambiale che gli è presentata; quando gli sia lecito pentirsi, num. 794, p. 804.

Digitized by Google

Accettazione per intervento. — Carattere della intervenzione spontanea, num. 795, p. 806.
Necessità del protesto, e da chi notificarsi, num. 796, p. 807.
Quali persone possono accettare per onor di firma, num. 797, p. 808.
Effetti giuridici dell'accettazione per onor di firma, num. 798, p. 809.
Obblighi di un tale accettante, num. 799, p. 810.
Del concorso di più accettanti onorari, num. 800, p. 811.

Agenti di cambio. — Notizie storiche, num. 126 a 129, pag. 123 e seg. — V. **Mediatori pubblici.**
Funzioni contrattuali degli Agenti di cambio alla borsa, num. 140, p. 134.
Acquisti di rendita alla borsa; conseguenze dell'annullamento del contratto, e dell'indebito rifiuto di eseguirlo, num. 141, 142, p. 135.
In qual modo gli agenti di cambio possono esonerarsi dalla vicendevole responsabilità personale, num. 144, p. 137.
Un solo agente di cambio può negoziare effetti pubblici e listati nell'interesse di più clienti, num. 145, p. 138.
Vendite che si fanno alla borsa d'ordine del giudice civile. Discussione sull'articolo 639 del Codice di procedura civile, num. 147, p. 139.
Esercizio misto dell'agente di cambio e sensale di merci nella negoziazione delle monete e verghe d'oro e d'argento, num. 148, p. 140.
Cumulazioni delle funzioni di agenti di cambio e di sensali, num. 168, p. 251.
L'agente di cambio è garante della verità dell'ultima sottoscrizione del recapito commerciale, num. 178, 179, 180, p. 159.
Trovandosi necessario alla sicurezza della contrattazione di accertare le firme di altre persone, senza di che il firmatario non potrebbe obbligare il vero proprietario del recapito, l'agente di cambio n'è dispensato se gli si presenti a prova un atto pubblico, n. 181, p. 160.
E in relazione, num. 182, p. 161.
Di altre responsabilità dell'agente di cambio per la negoziazione di titoli *al portatore*, numeri, 183, 184, 185, pag. 162.
Se l'agente di cambio sia responsabile della capacità legale dei suoi committenti, num. 186, pag. 164.
Gli agenti di cambio accertano il corso delle carte negoziabili. — Nozione dei valori negoziabili, num. 187, p. 165.
Gli agenti di cambio non possono esercitare la mediazione per mezzo di commessi, ecc. precedenti storici, num. 204, p. 179.
La funzione dell'agente di cambio è intransitiva: natura particolare di questa funzione, num. 205, p. 180.
Intelligenza della formola — *può valersi dell'opera altrui*. Distinzione fra le operazioni secondarie ed esplicative, e la funzione imprimente la legalità che è personale ed inalienabile, num. 206, p. 180.
Degli ausiliari permessi ai sensali nelle loro varie operazioni, num. 207, p 181.
Prescrizione dell'azione dell'agente di cambio, e di quella di cui esso è passivo, num. 210, pag 183.
Diritto di privilegio sulla *couverture* pei titoli relativi alla commissione dell'agente di cambio, num. 262, p. 230. — V. **Sensali.**

Amministrazione sociale. — Vietata al *socio accomandante* l'amministrazione, n. 446, p. 398.
Distinzioni pratiche onde prudentemente applicare quella severa disposizione, n. 447 a 450, pag. 398.
Esame di speciali combinazioni che modificano la dottrina, num. 451, 452, 453, p. 401.
Nel caso di contravvenzione il socio accomandante è tenuto in solido coi soci in nome collettivo (articolo 123).
Norme per regolare quest'azione dei terzi interessati Diversi sistemi, num. 454, 455, p. 403.
Esclusione del socio per ingerenza indebita nell'amministrazione (articolo 124).
Scioglimento di dubbi sull'applicazione di quella legge penale, num 457, 458, p. 407.
Dell'assemblea generale degli azionisti (articolo 127).
Potere organico necessario del potere deliberante. Consiglio di direzione e di sorveglianza, num. 471, p. 419.
Del sistema deliberativo delle assemblee in generale; e del concorso dei singoli, n. 472, p. 419.

Digitized by Google

L'amministratore è ridotto alla condizione di un mandatario sempre revocabile, salvo indennità, num. 473, p. 420.
Attribuzioni d'ordine amministrativo inerente all'assemblea generale degli azionisti e di altre che possono accordarsi ai soci nell'atto fondamentale della società, num. 474, p. 421.
Limitazione, num. 475, p. 422.
Assemblea deliberante. Consiglio di direzione e amministrazione *nelle società anonime*. Doveri dell'amministratore, num. 478, 479, 480, p. 424.
Durata dell'amministrazione: qualità per esser amministratore, num. 493, p. 440.
Duplice funzione che esercitano gli amministratori nelle società anonime, num. 494, p. 441.
Responsabilità personale degli amministratori. — Criteri e limiti, n. 495, 496, p. 442.
Emenda del danno che devono prestare, num. 497, p. 443.
Assoluzione per fatto dei soci, num. 498, p. 444.
Ancora dei poteri delle assemblee generali rapporto al capitale sociale, num. 504, p. 448.
Diritto di convocazione, num. 512, 514, p. 455.
Assemblee straordinarie, num. 513, p. 456.
Potere dell'*amministratore* sulla trasformazione o riduzione del capitale dovuto al socio accomandante, num. 535, p. 480.
L'amministrazione considerata elemento organico nelle società in nome collettivo o in accomandita semplice; onde la morte dell'amministratore rompe la società, num. 560, 561, pag. 505 e seg.
Amministrazione dello stralcio. Suo carattere, num. 590, p. 541. — V. **Società**.
Associazioni. — Associazione in partecipazione.
La nozione *della partecipazione* è sviluppata dal num. 602 al 605, p. 554.
Il criterio sommo è la singolarità delle operazioni, onde si esclude il concetto della solidarietà, num. 606, p. 558.
Di varie combinazioni, che si vengono specificando, nelle quali il criterio delle singolarità e e della irresponsabilità verso i terzi si modifica, num. 607, p. 560.
Delle note caratteristiche per le quali l'*associazione in partecipazione* si distingue dalla società in nome collettivo, num. 608 a 611, p. 561.
Diritti dei partecipanti in concorso dei creditori del loro debitore caduto in fallimento, num. 612, 613, p. 566.
Le convenzioni determinano la forma, le proporzioni e le condizioni dell'associazione (articolo 181), num. 614, 615, 616, p. 568.
Le associazioni in partecipazione sono esenti dalla formalità della pubblicazione (art. 617), num. 617, p. 571.
Prova testimoniale in mancanza di prova scritta. — Osservazioni sul diritto probatorio anche in relazione agli articoli 1341 e 1347 del Codice civile, num. 618, 619, p. 571.
Quando casi di forza maggiore abbiano reso impossibile alle parti di dare quella forma scritturale alla convenzione, la prova testimoniale non può esser negata, num. 620, p. 573.
I terzi, non provando interesse, non sono ammessi a fare la prova di una associazione in partecipazione, num. 621, p. 574.
I fatti di scioglimento dell'associazione non sono compresi in questa legge, n. 622, p. 574.
Cause per cui l'associazione finisce, num. 623, p. 575.
Dell'associazione mutua — Prospetto storico e legislazioni comparate, num. 624, 625, pag. 576.
Come le associazioni mutue, nel rispetto della nostra legge, si distinguono da altre istituzioni affini e contenenti qualche elemento comune, num. 626, p. 579.
Tratti caratteristici e propri delle associazioni mutue, num. 627, p. 580.
In qual senso le associazioni mutue sono commerciali, num. 628, p. 582.
Disposizioni d'ordine pubblico sottratte all'arbitrio della convenzione, num. 629, p. 582.
Della trasformazione dell'associazione mutua e cooperativa in società di commercio, numero 630, p. 583.
Dell'elemento obbiettivo generale, e dell'elemento popolare proprio di cotali associazioni; e come possono combinarsi, num. 631, p. 584.
Si cessa di far parte dell'associazione per la perdita della cosa per cui si è associato (articolo 186), num. 632, 633, p. 586.
Scioglimento dell'associazione mutua, num. 634, p. 587. — V. **Società**.

Digitized by Google

Atto di commercio. — Non è definibile *a priori*, num. 12, pag. 39.
Criteri della commercialità, num. 11, pag. 31.
Atti di commercio relativamente a compre e vendite d'immobili e ai loro prodotti. — Dei mobili attinenti ad immobili, come oggetto di commercio, num. 25 a 29, pag. 48.
Atti di commercio relativi al num. 1° dell'articolo 2. Nozioni e spiegazioni, n. 30, p. 51.
Imprese di manifatture; loro carattere essenziale, num. 32, pag. 54.
Imprese di commissioni, num. 33, pag. 54.
Imprese di trasporti, num. 34, 35, 36, p. 55.
Imprese di somministrazione, num. 37, p. 57.
Collegi ed istituti di educazione, num. 38, p. 57.
Case di tolleranza. Somministrazioni, num. 39, p. 58.
Agenzie ed uffizi di affari, num. 40, 41, p. 59.
Imprese di spettacoli, num. 42, p. 60.
Imprese di fabbriche e costruzioni, num 43, p. 61.
Concessioni governative. Appalti, num 45, p. 61.
Escursione sulle miniere. Legge del 30 luglio 1840, num. 46 a 49, p. 63.
Atti di commercio per deduzione dalla qualità della persona, num. 52, p. 69.
La nozione è messa in rapporto colla diversa natura dei contratti, e così il giudizio è dedotto dal duplice elemento personale e reale, num. 54 a 56, p. 69.
Esclusione della causa commerciale in contratti fra commercianti: deve risultare dall'atto medesimo, num. 57, p. 71.
Ma la esclusione può emergere eziandio dalla qualità dell'azione, num. 58, 59, 60, pag. 72.
Avallo. — Può farsi anche per atto separato dalla lettera di cambio, num. 827, 829, p. 841.
L'avallo verbale equivale a fideiussione semplice, num. 828, p. 843.
L'avallo è specifico, n. 830, p. 844.
Facoltà che ha il dator d'avallo di limitare la propria obbligazione, num 831, p. 846.
Come l'obbligo dell'avallante si proporziona a quello della persona da lui garantita, n. 832, p. 846.
Lettere di raccomandazione e di credito, num. 834, p. 847. — V. **Lettera di cambio.**
Avarie o perdita delle merci. — V. **Commissionari di trasporto** e V. **Vetturale.**
Azioni. — Divisione del capitale in azioni; movimento commerciale che ne deriva. Abusi che furono deplorati. Spirito della moderna legislazione, num. 466, 467, p. 415.
Classificazione delle azioni, num. 468, p. 416.
Azioni nominative e al portatore. Rinvio, num. 469. — V. **Società anonime.**
In chi risiede l'amministrazione nelle società anonime, num. 477, p. 428.
Azioni industriali, num. 503, p. 447.
Azioni commerciali. — Carattere mobiliare delle azioni. Iscrizione nei libri sociali, n. 517 518, p. 459.
Immobilizzazione delle azioni durante la società, num. 519, p. 459.
Certificati provvisori nominativi si rilasciano quando le azioni non sono pagate per intero al tempo della loro emissione (articolo 151).
Sull'argomento V. num. 520, 521, p. 462.
Vendita del certificato o azione a rischio e pericolo dell'azionista (articolo 153) appresso decadenza.
Norme direttive e regole da tenersi, num. 522, p. 465.
Dei diritti dei cessionari delle *azioni* in relazione a quelli dei loro cedenti, n. 523, p. 468. — V. **Società** e V. **Amministrazione.**

B

Banche. — *Banchieri.* — Loro ufficio ed operazioni, num. 680, 681, p. 662.
Operazioni di borsa in quanto attiene ai banchieri e capitalisti, n. 682, 683, p. 663.
Un tratto di storia dei banchieri, num. 684, p. 166.
Servigi del banchiere, servigi delle Banche quali istituzioni: esame e ragguaglio, num. 855, p. 687.

Digitized by Google

Banche di circolazione. — Analisi della circolazione, nº 686, 687, p. 668.
Banche di deposito, num. 688, 689, 690, p. 671.
Credito mobiliare. — Casse o *comptoirs* di sconto, num. 691, p. 673.
Banche ipotecarie. — Credito agrario, num. 692, p. 674.
Organizzazione del *Credito fondiario*. Legge del 14 giugno 1866, num. 693, p. 676.
Rivista delle principali istituzioni bancarie d'Europa, num. 694, p. 678.
Banchieri. — V. **Banche.**
Biglietto a domicilio. — Natura di questo titolo; e dei suoi rapporti col biglietto all'ordine e colla lettera di cambio, num. 909, 910, 911, p. 923. — V. **Biglietto all'ordine.**
Biglietto all'ordine. — Principali differenze fra il biglietto e la lettera di cambio, num. 907, pag. 921.
La commercialità dev'essere espressa nel titolo, e contemporanea alla sua creazione, n. 908, p. 922. — V. **Biglietto a domicilio** e V. **Biglietto al portatore.**
Biglietto di cambio e altre specie di biglietti o mandati, num. 916, p. 929.
Del biglietto all'ordine in derrate. — Analisi dei requisiti dei quali si compone; e spiegazione delle varie sue forme, num. 917, p. 931.
Diritti del possessore delle merci che non ha potuto consegnarle (art. 270), n. 918, p. 933.
Condizione in cui si trova il possessore del biglietto che non si è prestato alla chiesta delle merci e agli atti di ragione in tempo debito (articolo 280), num. 919, p. 933.
Diritti del possessore del biglietto che ha fatto quanto doveva e vuol liquidare il prezzo (articolo 281), num. 920, p. 933.
Biglietto al portatore. — Osservazioni storiche, num. 912, p. 925.
Non mentovato nel Codice, quale sia il grado da attribuirsi a questo titolo nell'ordine delle obbligazioni, num. 913, 914, 915, p. 926. — V. **Biglietto all'ordine.**
Borse di commercio. — Cenno storico, num. 117, p. 115.
Facoltà d'intervenire alla borsa, e di coloro che ne sono esclusi, num. 118, p. 115.
Operazioni di borsa. In che consistano. Compre e vendite di titoli pubblici commerciali, a contanti, o a termine; mercati fermi o risolubili, num. 119, 120, p. 117.
Contratti di riporto. Contratti a premio, num. 121, 122, p. 118.
Osservazioni generali sull'ufficio delle borse a determinare il corso legale, num. 123, p. 120.
Se e quando sia obbligatorio il corso legale, num. 124, p. 121.
Della formazione del corso legale e dei criteri che vi prevalgono, num. 125, p. 121.
Titoli e valori dei listini di borsa, num. 139, p. 134.
Funzioni degli agenti di cambio alla borsa, num. 140 e seg. pag. 134. — Vedi **Agenti di cambio.**

C

Cambio. — Sul corso dei cambi, num. 123, 124, 125, p. 120. — V. **Agenti di cambio.**
Nozione dei valori negoziabili, num. 187, pag. 165.
Prezzo di cambio, ivi
Valore. — Del valore come rapporto di cambio, num. 676, p. 658.
Valori, quali elementi e istrumenti della ricchezza. Capitali, num. 677, p. 659.
Moneta — una delle forme del capitale nazionale. — Uffizio proprio della moneta. — Influenza dell'alterazione avvenuta nei rapporti monetari sul mercato generale, num. 678, p. 660. — V. **Moneta**
Di altre cause che modificano il commercio de' cambi, num. 679, p. 660. — V. **Banche.**
Contratto di cambio; da considerarsi nel suo complesso e nei suoi risultati, anzichè nell'analisi dei singoli suoi elementi, num. 695, p. 686.
Il contratto di cambio precede, e la lettera di cambio n'è l'espressione formale; *alla sola lettera* appartengono le prerogative cambiarie, num. 697, p. 690.
Analisi *del cambio traiettizio;* delle sue varietà; delle cause che ne producono la mobilità, le oscillazioni e le differenze nei corsi, num. 698, p. 691.
Il primato dell'origine e dell'uso delle lettere di cambio appartiene agli italiani, num. 699, pag. 693.

Digitized by Google

Capitano. — *Capitano straniero.* — Protezione che riceve dalla nostra legge, num. 165, 166, pag. 149.
Chèques. — Appendice. — Introduzione, p. 949.
Legge, p. 952.
Breve commento. — Genesi della istituzione, num. 1, p. 953.
Differenze fra lo *chèque* e la lettera di cambio, num. 2, p. 954.
Lo *chèque* mandato di pagamento e organo di compensazione, num. 3, p. 955.
La disponibilità dei fondi, condizione di sua esistenza, num. 4, p. 955.
Lo *chèque* non può essere che a vista, num. 5, p. 955.
È all'ordine o no; nominativo o al portatore, num. 6, p. 955.
Sulla provvista dei fondi, num. 7, p. 955.
Non è atto di commercio: suo precipuo scopo, num. 8, p. 956.
Lo *chèque* non è neppure un biglietto all'ordine. Ma può vestire carattere commerciale dalla qualità della causa e delle persone, num. 9, p. 956.
Si è nonostante trovato compatibile colle prerogative cambiarie. — Del protesto, num. 10, pag. 957.
Termine in cui deve presentarsi lo *chèque* all'effetto del pagamento, num. 11, p. 958.
Decadenza del possessore e suoi effetti, num. 12, p. 958.
Giudizio che noi possiamo dare dello *chèque* in confronto della legge italiana, n. 13, p. 959.
Commesso viaggiatore. — APPENDICE: Annotazioni all'opera di Rivière. Ragione di questa appendice, num. 1, p. 961.
Degl'istitori secondo il diritto romano. Che è il commesso viaggiatore odierno? n. 2, p. 962.
Elementi costitutivi di questo contratto, num. 3, p. 962.
Non può essere stipulato a vita, num. 4, p. 963.
Del servigio esclusivo che deve prestare il commesso viaggiatore, num. 5, p. 963.
Doveri verso la casa preponente; il commesso viaggiatore non risponde del caso fortuito, num. 6, p. 963.
Se sia esposto ad arresto personale, num. 7, p. 964.
Diritti per le anticipazioni da lui fatte; interessi: ritenzione per causa del salario, num. 8, pag. 965.
È forse privilegiato il credito del salario? num. 9, p. 965.
Delle perdite personali dal commesso viaggiatore sofferte in causa o ad occasione del servigio, num. 10, p. 966.
Sua responsabilità rapporto ai contratti conclusi. E delle facoltà nascenti dall'indole e carattere della sua missione, num. 11, p. 966.
Cessazione della funzione del commesso viaggiatore. Per quali cause, num. 12, 13, 14, pag. 967.
Indagini sulla competenza, num. 15, p. 968.
Commerciante. — I diritti dei commercianti non esser privilegi, ma conferire allo scopo della istituzione, num. 5, p 29.
Abitualità, num. 13, p. 40.
Se la qualificazione di commerciante che taluno ha dato a se stesso lo costituisca tale, numeri 14, 15, 16, pag. 40.
Degli esercenti professione liberale e meccanica in quanto si considerino commercianti: manifatturiere — artigiano — artista — farmacista — salnitrai — ricevitori generali, dal num. 18 al 23, p. 44.
L'inventore patentato e privilegiato che vende i prodotti della sua scoperta non è un commerciante, num. 88, p. 93. — V. **Atto di commercio.**
Commissionario. — Nozioni elementari della commissione, num. 228, 229, p. 203 e seg.
Il carattere commerciale è di essenza nel contratto di commissione. Indicazione dei criteri dai quali deriva, num. 230, p. 205.
L'incarico dato ad un commissionario non costituisce sempre il contratto di commissione, num. 231, 232, p. 205.
Il non commerciante, committente, è citato alla giurisdizione civile, fermi a favore del commissionario i diritti a lui guarentiti dalla legge commerciale. Soltanto può variare l'adozione e applicazione della prova, num. 233, p. 207.
Del committente commerciante che incarica persona non commerciante di affari del proprio

Digitized by Google

commercio. — Il commissionario non commerciante partecipa dell'atto di commercio anche all'effetto della giurisdizione commerciale, num. 234, p. 208.
Dei rapporti giuridici in generale che si formano fra il commissionario agente in proprio nome e i terzi, num. 235, p. 208.
Casi nei quali può dubitarsi se l'agente abbia voluto obbligare piuttosto il committente che se stesso, num. 236, 237, 238, p. 209.
Delle formule — *per persona da nominare* — o *per sè e per persona da nominare*, n. 239, pag. 211.
Fallimento del commissionario relativamente ai diritti di compensazione fra esso e i terzi, e viceversa, num. 240 (per errore 239 nel testo), p. 212.
Del diritto di surrogazione legale nelle azioni del venditore che compete al commissionario, e della rivendicazione, num. 241, p. 212.
Della commissione in materia di *assicurazione marittima*, num. 242, p. 213. — V. **Commissione**.
Se il commissionato a comprare ha ecceduto i limiti del prezzo statuito nel mandato, ed egli sia pronto a rimettere l'eccesso, il committente è tenuto a ricever la merce; ma non ha azione per rivendicarla, se non pagato il prezzo realmente sborsato, num. 248, p. 219.
Di altre combinazioni analoghe, num. 249, p. 220.
Privilegio del commissionario per le anticipazioni, ecc. — Nozione generale di questo privilegio, num. 252, p. 224.
Estensione del privilegio, num. 253, p. 224.
Se soltanto le *anticipazioni posteriori* all'invio delle merci vi si comprendano, n. 254, p. 225.
Se il privilegio abbia la sua base in un gius di ritenzione, come alcuni pretendono, n. 255, p. 226.
Dimostrazioni relative, num. 256, 257, p. 227.
Delle prerogative del privilegio di commissionario, creazione del Codice di commercio; quale sia il grado di preminenza che gli compete, num. 258, p. 228.
Quid di fronte al fallimento del committente? num. 259, 260, p. 228 e seg.
Del commissionario e del sub-commissionario; e della forza dei loro privilegi rispettivi, num. 261, p. 230.
Diritto di *couverture* per la commissione dell'agente di cambio, num. 262, p. 230.
Diritto di *salario* o di *provvigione* del commissionario, num. 263, p. 231.
Il commissionario impedito ha obbligo di sostituire, potendo, altro commissionario. La facoltà di sostituire senza responsabilità personale deve ritenersi, *necessitate rei*, implicita nel mandato, num. 264, p. 231.
Convenzione dello *star del credere*, e suoi principali caratteri, num. 265, p. 232.
Valore della formola esser *a disposizione* del commissionario. Del possesso simboleggiato dalla polizza di carico o lettera di vettura, num. 266, 267, p. 233.
Se sia necessario stabilire e come si stabilisca una relazione fra la causa del credito (del commissionario) e il materiale del pegno. — Del prezzo o di acconti del prezzo pagati dal commissionario al committente; e quando la commissione dicasi compiuta, n. 268, p. 235.
Il credito privilegiato del commissionario è regolato dalle disposizioni del pegno: in quali casi? Ragione di questa legge, num. 269, 270, p. 237.
Che anche fra abitanti dello stesso luogo può valere il *jus retentionis*, o altra ragione di privilegio, num. 271, p. 238. — V. **Commissionari di trasporti**.
Commissionari intermedi. — Solidarietà dei commissionari e di coloro che s'incaricano di trasporti per mare o per terra, num. 290, p. 255. — V. **Commissionari di trasporti**.
Limitazione della solidarietà a norma delle convenzioni, num. 291, p. 256.
Difficoltà di stabilire la colpa nei commissionari o vettori intermedi, num. 292, p. 256.
I commissionari subalterni si liberano dalle azioni dello speditore o commissionario principali, ristaurando coi committenti rispettivi il danno di cui sono responsabili, num. 293, p. 257.
Società di commissioni. Solidarietà passiva di più commissionari diretti, num. 294, p. 257.
La merce uscita dal magazzino di colui che vende o spedisce, è trasportata, se non vi è patto in contrario, a rischio e pericolo di quello a cui essa appartiene, salvo il regresso contro il commissionario o vetturale (articolo 79).
Illustrazione di questo articolo, num. 295, p. 258.
Prescrizione delle azioni contro il commissionario o vetturale. — V. **Prescrizione**.

Digitized by Google

(Nella materia del *pegno* è riassunto l'esame del diritto, e privilegio dei *commissionari*; della comunicazione e trasmissibilità della loro posizione giuridica), num. 659, 660, 661, 665 e 666, p. 630.
Responsabilità del commissionario *prenditore di una lettera di cambio* verso il committente, verso i traenti, e verso i terzi, num. 717, 718, 719, 720, p. 717.
Commissionari di trasporti. — Per terra e per acqua. Libro giornale, num. 272, p. 239.
Classazione degli agenti di trasporti. Gli intraprenditori delle ferrovie hanno gli stessi obblighi dei commissionari di trasporto, salvi i regolamenti speciali, num. 273, p. 240.
Primo dovere del commissionario: la consegna al destinatario. Del luogo della consegna, num. 274, p. 240.
Della responsabilità pei *ritardi*. Dati per determinare l'esistenza del ritardo, n. 275, p. 241.
Speciale giurisprudenza per le amministrazioni ferroviarie, num. 276, 277, p. 242.
Ritardo e *sviamento*: differenze, num. 278, p. 245.
Come si risolve il contratto di commissione quando il commissionario ha assunto il rischio di una spedizione immediata; e che, per indugi a lui non imputabili, la merce non possa più servire all'uso a cui fu ordinata, num. 279, p. 246.
Come una direzione ferroviaria si trovi in condizione diversa, quanto alla responsabilità dei ritardi, rimpetto agli speditori e destinatari, num. 280, p. 247.
Della penalità stipulata e varie applicazioni, num. 280 *bis*, p. 248.
Responsabilità per le avarie o perdita delle merci. — Estensione e irradiazione della legge civile che pone i principii. Sotto un punto di vista generale la legge abbraccia i commissionari, i vetturieri e i conduttori ferroviari, num. 281, p. 249.
Clausola di *non garanzia*, num. 282, p. 249.
Perdite, avarie: differenze fra i significati di codesti vocaboli, e come diversifichi in ciò la posizione del commissionario e vetturale, num. 283, p. 250.
Prova della consegna degli effetti perduti. Bisogna osservare che al viaggiatore non sia chiuso il reclamo per mancanza all'adempimento di certe prescrizioni, n. 284, 285, p. 251.
Ancorchè non denunciato, il modico valsente che può occorrere pel viaggio e si presume contenuto nelle valigie perdute, deve indennizzarsi per ragionevole estimazione del giudice, num. 286, p. 252.
La garanzia pei danni e guasti derivanti dal fatto semplice del trasporto è naturale a questo contratto, num. 287, p. 253.
Cose fragili. Vizio intrinseco, num. 288, 289, p. 254.
Commissione. — In relazione al mandato civile, num. 243, p. 216.
Doveri di colui che accetta la commissione, num 244, p. 216.
Il mandato per commissione è per indole sua retributivo, num. 245, p. 217.
Specie particolare di commissione *doppia* (*ducroir*), nella quale il commissionario si rende garante della solvibilità dei compratori, num. 246, p. 217. — V. **Star del credere.**
Della forma del mandato di commissione, num. 247, p. 218.
Fine del mandato di commissione, num. 250, p. 221. — V. **Commissionari.**
Conto corrente. — Introduzione alla teoria del conto corrente, num. 343, p. 303.
Nozione generale, num. 344, p. 303.
La disponibilità dei valori rispettivamente accreditati è caratteristica del conto corrente; in quali casi la disponibilità non esiste, num 345, p. 303.
Trasporto dei valori in conto corrente. Varietà dei crediti e valori, num. 346, p. 304.
Il conto corrente è un contratto reale. Delle partite che si presentano difficili a definirsi, num. 347, p. 305.
Della proprietà degli effetti commerciali trasmessi al corrispondente che ne porta il valore in conto corrente: conseguenze, num. 348, p. 306.
Imputazione e compensazione, num. 349, p. 306.
Del non potersi oppignorare le somme versate in conto corrente, num. 350, p. 307.
Destinazione dei pagamenti, la quale devesi rispettare, num. 351, p. 307.
Interessi che si sviluppano dal conto corrente, e della loro capitalizzazione, num. 352, 353, 354, p. 308.
Prescrizione degli interessi: e dell'azione di rendiconto, num. 355, p. 310.
Del diritto di commissione quale titolo accessorio al contratto di conto corrente, n. 356, p. 310.
Chiusura del conto, num. 357, p. 311.

Sulla formazione di un nuovo conto corrente, num. 358, p. 311.
Del *Credito aperto* con garanzia ipotecaria in relazione al conto corrente, num. 359, p. 312.
Conto di ritorno. — V. **Ricambio.**
Contratti commerciali. — Carattere della legislazione commerciale in ordine ai criteri di prova che governano i contratti, num. 316, 317, 318, p. 276.
Conseguenze che dalla oscitanza dei principii derivavano alla teoria della solidarietà commerciale, num. 319, 321, p. 279.
Della obbligazione commerciale del non commerciante, num. 320, p. 281.
Della solidarietà nella fideiussione, num 322, 323, p. 282. — V. **Solidarietà.**
Prove dei contratti commerciali. — Considerazioni generali, num. 328, p. 288.
Atti pubblici. Scritture private, num. 329, p. 289.
Note dei pubblici mediatori, num. 330, p. 289.
Fatture accettate, num. 331, 332, 333, p. 290.
Corrispondenza, num. 334, p. 292.
Prova testimoniale. Prospetto di questioni pratiche, num. 335, p. 292.
Quando si richiede la scrittura sotto pena di nullità del contratto, num. 336, 337, p. 294.
Data dei contratti commerciali. — Le date apposte nei titoli all'ordine e quelle delle girate hanno la presunzione della verità. Dell'indole giuridica di tale nozione speciale al commercio. Sviluppo del concetto della prova nel punto di vista commerciale, num. 338, 341, p. 296.
Dei terzi. — Aventi causa. — Esame di questa relazione, e fin dove si estende, num. 342, p. 300. — V. **Vendite.**
Corrispondenza letterale e telegrafica. — INTRODUZIONE, num. 382, p. 336.
Analisi del dispaccio telegrafico nel punto di vista della prova contrattuale, num. 383 a 384, 385, pag. 337.
Il mittente non è tenuto se non in quanto si è obbligato nell'atto originale; non può esserlo secondo i termini *erroneamente* enunciati nel dispaccio telegrafico, num. 386, p. 339.
Il destinatario ha diritto di esser indennizzato dal mittente per tutte le conseguenze derivategli dalla esecuzione di buona fede dell'erroneo dispaccio, num. 387, p. 340.
Corrispondenza per lettere; e delle lettere di terzi e confidenziali, num. 388, p 341.
Sulla revocabilità delle offerte fatte ad un assente prima della di lui accettazione, num. 389, 390, 391, p. 342. — V. **Contratti commerciali.**
Credito aperto. — Osservato in relazione al contratto di conto corrente, num. 359, pag. 312.

D

Domicilio. — Domicilio sociale — formalità per mutarlo — competenza che produce, n. 398, 400, pag. 351.
Donne commercianti. — Dell'autorizzazione della donna maritata e del consenso del marito, num. 71, pag 80.
Della formalità della pubblicazione e dei suoi effetti giuridici, num. 72, p. 80.
Responsabilità della donna maritata commerciante, con o fuori del sistema della comunione, num. 73, 74, 75, pag 81.
Come possa obbligare il marito per lettera di cambio da lei sottoscritta, num. 75 *bis*, p. 83.
Revoca dell'autorizzazione. — Disapprovazione del marito. — Diritti dei terzi. — Affari in corso, num. 76 a 79, p. 83.
Lettere di cambio sottoscritte da donne non commercianti (art. 199), num. 747, p. 754.
La moglie abitualmente non commerciante, se autorizzata dal marito, è obbligata a tutti gli effetti del titolo cambiario, o non contrae che una semplice obbligazione? n. 748, p. 755.
La moglie non commerciante che firma una cambiale insieme al marito commerciante si obbliga in solido con esso lui? num. 749, p. 755.

Digitized by Google

F

Fattura. — Quanto alla formazione della prova, num. 331, 332, 333, p. 290 e 129.
Ferrovie. — V. **Commissari di trasporti.**

G

Girata della lettera di cambio. — Dei caratteri intrinseci e propri della girata; come diverga dalla cessione civile, num. 804, p. 815.
Se e quando la girata trasporti di sua natura al cessionario le garanzie annesse al credito. num. 805, 806, p. 816.
Della girata apparente e della prova contraria, num. 807, p. 618.
Della girata posteriore al fallimento del traente; varietà di effetti giuridici, nº 808, p. 819.
Se la girata possa farsi per atto separato dalla stessa lettera di cambio. Tre sistemi. Esame e soluzione di dubbi, num. 809, 810, p. 821.
Revocabilità della girata, num. 811, pag. 823.
Requisiti della girata. — Data, num. 812, p. 823.
Valore somministrato. Valore in conto, num. 813, p. 825.
Girata parziale, num. 814, p. 826.
Per procura, num. 815, p. 827.
Irregolare — dopo la scadenza della lettera di cambio, num. 816, p. 827.
Surrogazione del mandatario nelle azioni del pagatore dimesso, num. 817, p. 829.
Delle girate all'ordine di titoli non costituiti all'ordine, num. 818, p. 830.
Il giratario in confronto al proprio girante può esser ammesso a provare ciò che manca alla girata per renderla irregolare, num. 819, p. 831.
Girate simulate a comodo, num. 820, p. 831.
Delle girate in bianco, num. 821, p. 833.
Della trasmissione manuale, num. 822, p. 835. — V. **Lettera di cambio.**

I

Interessi. — *Interessi* che si sviluppano dal conto corrente, num. 352, 353, 354, p. 308.
Il socio accomandante non restituisce *gl'interessi* dei capitali percetti in buona fede nelle distribuzioni sociali, num. 441, 442, 443, pag. 439.
Interessi nei dividendi delle società per azioni, num. 500, 501, 502, p. 445.

L

Legislazione commerciale in genere. — Confronto della legislazione commerciale colla civile e commerciale, num. 3, p. 28.
Carattere generale della legislazione commerciale, num. 4, p. 29.
Modificazioni arrecate dall'art. 35 ad alcune disposizioni della procedura civile, n. 131, p. 128.
Del sistema delle prove e della influenza modificatrice del Codice di commercio, num. 132, p. 128. — V. **Contratti commerciali.**
Lettera di cambio. — V. **Cambio.**
Forma della lettera di cambio (articolo 196).
Rimessa da luogo a luogo. — Questioni di principio elevate su questo proposito dai pubblicisti: varietà delle legislazioni, num. 700, p. 699.
Forme se intrinseche o estrinseche: se essenziali, num. 701, p. 701.

Digitized by Google

Lettera di cambio per atto notarile, num. 702, p. 702.
Distanza dei luoghi, num. 703, p. 703.
La lettera di cambio può esser pagabile nel luogo stesso in cui è tratta? num. 704, p. 703.
Data, num. 705, p. 704.
Della impugnazione della data. Quali sono in tema generale i *terzi* ammessi ad impugnare la data di una lettera di cambio, num. 706, 707, p. 705.
Falsità della data cambiaria. Azioni che ne derivano, num. 708, p. 708.
Enunciativa della *somma da pagarsi*, num. 709, p. 709.
Se non si enuncia la somma in verun modo, la lettera non sussiste neppure come semplice obbligazione. La somma mancante può esser supplita dall'accettazione, num. 710, p. 710.
Nome e cognome, ecc. Errori parziali d'indicazione, num. 711, p. 711.
Enunciazione del tempo del pagamento, num. 712, p. 711.
Se la lettera di cambio non contiene la indicazione del termine di scadenza, l'accettazione pura e semplice può interpretarsi pagamento a vista, num. 713, p. 712.
Luogo del pagamento, num. 714, p. 713.
Valore somministrato. — Del triplice concetto che domina nel tessuto organico della lettera di cambio. — Quale sia il vero e proprio oggetto della formola. La causa del valore può non essere commerciale, n. 715, p. 714.
Conseguenze giuridiche derivanti dall'obbligo di specificare il valore, considerate in molti-plici aspetti. — Nel rapporto del traente coi terzi; fra il traente e il prenditore. E se la dichiarazione del valore fosse simulata? num. 716, p. 716.
Del commissionario prenditore che non dichiara di acquistare la cambiale per conto di un terzo, e si trovi la dichiarazione del valore esser mentita, num. 717, p. 717.
Quando possa ritenersi irresponsabile in faccia al traente o ai terzi il mandatario prenditore della lettera, num. 718, p. 717.
Sviluppo della tesi: varie ipotesi e soluzioni, num. 719, p. 718.
Di che risponde il commissionario verso il committente dal quale ha incarico di acquistare una lettera di cambio, num. 720, p. 720.
Quale sia l'effetto di una dichiarazione di valore, illegittima nel fondo e perfetta nella sua forma esteriore; e altra che irregolare nell'apparenza, fosse nella realtà sostenuta da causa legittima e giusta, num. 721, p. 721.
Del falso materiale nella lettera di cambio, num. 722, p. 722.
Valore in conto. — Analisi di questa locuzione, num. 723, p. 724.
Di altre locuzioni cambiarie. Il prezzo di diritti eventuali o di transazione è base legittima di una lettera di cambio, num. 725, p. 724.
Il difetto della enunciazione del valore non può esser riparato dalla girata, n. 725, p. 727.
Origine significato e virtù della clausola *all'ordine*, num. 726, p. 728.
All'ordine *di un terzo o dello stesso traente*, num. 727, 728, p. 729.
Enunciazioni facoltative. — Più esemplari od originali della lettera di cambio, n. 729, 730, pag. 731.
Del bisogno, num. 731, p. 734.
Ritorno senza spesa, num. 732, p. 734.
Senza garanzia. Esaminata in ispecialità rapporto al traente, num. 733, p. 735.
Lettera d'avviso, num. 734, p. 736.
Soscrizione del traente, num. 735, p. 737.
Lettera di cambio tratta sopra una persona e pagabile presso un'altra (articolo 197), numero 736, p. 737.
Lettera di cambio tratta per ordine e per conto di un terzo, num. 737, p. 738.
Il traente può trarre la cambiale *sopra se stesso*. — Esame delle controversie alle quali ha dato luogo questa forma che si dimostra in armonia coi principii del sistema, num. 738, 739, 740, p. 740.
Lettere di cambio infette di supposizione di *nomi*, *qualità*, *luogo*, tempo, n. 741, p. 745.
Se le supposizioni siano di maniera che non ne rimanga punto alterata la sostanza dell'operazione cambiaria, dovrà concludersi per la nullità della cambiale? Questioni. L'*A*. si pronuncia per la validità, num. 742, 743, p. 747.
Dei vari effetti giuridici delle supposizioni cambiarie, num. 743 *bis*, p. 749.
Facoltà e dovere dei giudici di esaminare a fondo la verità, e non di limitarsi a riscon-

Digitized by Google

trare un fatto qualunque suppositizio occultato da una forma nel suo estrinseco perfetta, num. 744, p. 749.
Giudizi e norme di competenza, num. 745, p. 750.
A chi e contro chi competa la eccezione della supposizione. — Dei terzi di buona fede, n. 746, p. 751. — V. **Donne.** V. **Minori.** V. **Provvista di fondi.** V. **Pagamento.** V. **Protesto.**
Venuta la scadenza, domandato senza effetto il pagamento; e fatto il protesto, altri doveri incombono al possessore della lettera di cambio (articoli 250 a 253).
Si deve citare entro un termine. — Esame del termine nel duplice aspetto di lettere di cambio pagabili nell'interno del regno o tratte nel regno e pagabili all'estero, n. 868, p. 880.
Se la citazione avanti giudice incompetente; o nulla per vizio di notificazione, se praticata in termine, salvi dalla decadenza, num. 869, p. 881.
Esercizio del diritto dei giranti verso i rispettivi obbligatari, num. 870, p. 881.
Decadenza del possessore e dei giranti (articolo 254, 255, 256).
Ragioni intime di questo sistema; varie applicazioni e massime di diritto cambiario che vi hanno rapporto, num. 871, p. 883.
Del caso in cui il creditore cambiario abbia mancato alle formalità, ma risulti che l'effetto commerciale è viziato per falsità nella firma del traente o di altri giranti, n. 872, p. 884.
Limitazione alla decadenza per l'articolo 257 ed altre limitazioni, num. 873, pag. 886.
Diritto di sequestro competente al possessore della lettera di cambio protestata per difetto di pagamento (articolo 258), num. 874, p. 887.
Le azioni contro l'accettante non si perdono per non essersi fatto il protesto, n. 882, p. 896.
Dei bisognatari; della facoltà di nominarli; e della loro interpellazione alla scadenza, num. 883, 884, p. 897. — V. **Protesto**.
Lettere di credito e di raccomandazione, num. 324, p. 284.
Più ampiamente, num. 834, p. 847.
Lettera di vettura. — Vale titolo di possesso al commissionario, num. 266, p. 233.
È *all'ordine* o *al portatore*, ivi.
Non porta somministrazione del valore quando non riguarda che il possesso del commissionario, num. 267, p. 235.
Della *lettera di vettura* in quanto alla sua efficacia come prova, e alle eccezioni di nullità che subisce, num. 296, 297, p. 260.
Come la lettera di vettura sia negoziabile, num. 298, 299, p. 261.
Forma della girata, num. 300, p. 262.
Lettera di vettura o polizza di carico in quanto colla sua trasmissione può costituirsi *possesso pignoratizio*, num. 651, p. 620.
Libri di commercio. — Obbligo della tenuta dei libri, num. 102, 103, 104, p. 102.
Dell'ufficio probatorio dei libri commerciali, num. 105 a 108, p. 105.
Conservazione dei libri per dieci anni, num. 109, p. 107.
Della esibizione e della comunicazione dei libri di commercio, n. 110, 111, 112, p 109.
Diritto di compulsare i libri di commercio: a quali condizioni, num. 113, p. 110.
Il rifiuto di esibire i libri può esser corrisposto col giuramento d'ufficio offerto all'altra parte. — Dell'accettazione preliminare, num. 114, p 111.
Chi ha provato con mezzi legittimi il proprio diritto, non può essere forzato ad esibire i libri, num. 114 *bis*., p. 112.
Delle facoltà attribuite al giudice rapporto alla delazione del giuramento e dell'uso che deve farne, num. 115, p. 112.
Considerazioni sulla procedura, num. 116, p. 113.
Libri dei *pubblici mediatori*, num. 171 al 176, p. 154.

M

Matrimonio fra commercianti; e sua pubblicazione. — Ragione e scopo della disposizione, e quando cessi di esser applicabile, num. 81, p. 87.
Penalità anche a carico del notaio, num. 82, p. 88.
Separazione di beni fra' coniugi, num. 83, 84, p. 88.

Digitized by Google

Mediatori pubblici. — *Dell'ufficio dei pubblici mediatori: differenza fra sensalato ufficiale e non ufficiale, num. 130, p. 127.
Necessità dei mediatori uffiziali in fatto di commercio, num. 131, p. 128.
Prevalenza dei mediatori ufficiali sui non ufficiali: conseguenze nell'ordine dei giudizi e delle convenzioni, num. 133 a 138, p. 129.
Mediatori — Interpreti, num. 160 a 166, p. 147.
L'elenco dei mediatori pubblici è affisso alla Borsa, e della necessità del loro ministero, numeri 169, 170, p. 152.
I pubblici mediatori hanno i loro libri. Differenza nell'oggetto da quelli dei commercianti, num. 171, 172, p. 154.
Tenuta dei libri. — Prova che fanno in giudizio. — Delle copie spedite dai pubblici mediatori alle parti, num. 173, p. 155.
Dell'interesse dei terzi. — Dei casi di dolo e frode. Si esclude l'applicazione dell'art. 25, num. 174, p. 156.
Se interamente negata la convenzione, i libri dei mediatori non abbiano veruna capacità provante, num. 175, 176, p. 157.
I pubblici mediatori non possono fare operazioni di commercio o di banca per conto proprio. — Legislazioni, num. 188, p. 167.
Ragioni gravissime di quel divieto, num. 189, p. 167.
Che dire di quei fatti di commercio che interessano il privato patrimonio del mediatore? num. 190, p. 168.
Esame di alcune specie tratte ad esempio, num. 191, 192, 193, p. 169.
L'agente di cambio non può soddisfare un debito proprio stornando la destinazione del recapito, num. 194, p. 170.
Non contravviene alla legge facendo delle anticipazioni; che anzi gli spettano diritti di privilegio e di ritenzione, num. 195, p. 171.
L'agente di cambio è inibito dal negoziare effetti pertinenti a persona fallita, benchè il fallimento non sia dichiarato, num. 196, p. 172.
I pubblici mediatori non possono rendersi garanti della esecuzione dei contratti fatti col loro ministero. — Illustrazioni, num. 197, 198, p. 173.
Perchè i pubblici mediatori non possono unirsi in società per l'esercizio della mediazione, num. 199, p. 174.
Controversie francesi derivanti dalla incongrua proprietà e venalità dell'uffizio, distinto dalla funzione, num. 200, p. 175.
La nostra legge abbraccia nel divieto ogni rapporto sociale, eziandio coi terzi, n. 201, p. 176.
Del diritto di riunione concesso ai pubblici mediatori; e che s'intende per società di famiglia, num. 202, 203, p. 176.
Solidarietà del pubblico mediatore mandante e del suo mandatario verso i terzi, n. 207, p. 179.
Mercede dovuta al pubblico mediatore, num. 208 p. 182.
Sulla prescrizione dell'azione, num 209, p 182.
Cauzione dei pubblici mediatori, num. 211, p. 184.
Dei creditori che hanno privilegio sul fondo dato in cauzione, num. 212, 213, 215, pag. 185.
Osservazioni sui giudizi di concorso e sulla distribuzione dei valori della cauzione, n. 216, p. 188.
Penalità a carico dei pubblici mediatori colpevoli nell'esercizio delle loro funzioni, n. 217 a 220, p. 189, e num. 225, p. 194.
Dell'autorità giudiziaria che pronuncia ed applica le pene, num. 221, 222, p. 191.
Il pubblico mediatore è interdetto all'esercizio dal proprio fallimento. — Se la dichiarazione s'incorra *ipso jure*, num. 223, 224, p. 193.
Legge dell'8 agosto 1864 sui pubblici mediatori. — *Appendice*, p. 196.
Note dei pubblici mediatori nell'aspetto della prova, num. 330, pag. 289. — V. **Agenti di cambio** e V. **Sensali**.
Miniere. — Coltivazione e uso delle miniere, num. 46 a 49, p. 63.
Minori. — In quanto sono addetti al commercio. Atti di emancipazione e di autorizzazione, num. 61, p. 75.
Età, num. 62, p. 75.
Non è regola indeclinabile che il genitore emancipante debba concedere l'autorizzazione, num. 63, p. 75.

Digitized by Google

Podestà della madre vedova passata a seconde nozze, e privata dell'amministrazione, num 64, p. 75.
Questioni nel caso di assenza presunta o dichiarata del padre, num. 65, p. 75.
Il padre non può autorizzare al commercio il figlio minore allo scopo limitato di trafficare con esso lui, num. 66, p. 77.
Sin dove si estendono le facoltà del minore commerciante rispetto all'ipotecare e alienare immobili, num 69, p. 77.
Se la causa commerciale debbe esser espressa negli atti dei minori abilitati al commercio, num. 70, p. 78.
Revoca dell'autorizzazione, num. 76, p. 83.
Sono preservati i diritti dei terzi. Degli affari in corso, num. 79, p. 83.
Del *minore* non commerciante o inabilitato che sottoscrive *lettere di cambio*, n. 750, p 757.
Dei minori che *per causa di dolo* sono pareggiati ai minori nell'obbligazione, n. 751, p. 758.
Eccezione di nullità della lettera di cambio, num. 751, 752, p. 758.

Moneta — Una delle forme del capitale nazionale. — Ufficio proprio della moneta ragguagliare i prezzi delle cose a un misuratore comune. — Alterazione dei rapporti monetari: influenza sul mercato generale, num. 678, p. 660.
Moneta con cui si pagano le cambiali (articolo 228).
Principii relativi alla restituzione del mutuo, num. 835, p. 848.
Considerazione dei diversi casi, quando *le specie hanno corso o non hanno corso nel regno*; sui rapporti di moneta estera avente corso legale o commerciale nel regno colla moneta del paese, num. 836, 837, 838, p. 849.
La mutazione del valor nominale delle monete non opponibile al creditore estero, num. 839, pag. 851.
Della carta moneta nei pagamenti delle lettere di cambio, num. 840, p. 852. — V. **Cambio.**

O

Obbligazione commerciale del non commerciante, num. 325, p. 284.
Obbligazione commerciale per uno dei contraenti, e non commerciale per l'altro (art. 91).
Proposta di criteri e massime giuridiche a regolamento dei tribunali, num. 326, p. 285.

P

Pagamento — *Lettera di cambio.* — In quale condizione giuridica viene a trovarsi il trattario che *ha pagato* la lettera appresso il fallimento del traente, num. 779, p. 789.
Pagamento di cambiale falsa a presentatore di buona fede, num. 780, p. 789.
La lettera di cambio dev'essere pagata *colla moneta in essa indicata* (art. 228). — V. **Moneta.**
Chi paga una lettera di cambio prima della sua scadenza è responsabile della validità del pagamento (articolo 229).
Motivi di questa disposizione, num. 841, p. 855.
Della presunzione di liberazione a favore di colui che paga a scadenza, num. 842, p. 855.
Non si può esser costretti a ricevere il pagamento prima della scadenza (art. 231), n. 842, pag. 857.
Del pagamento eseguito sopra una seconda, terza, quarta, ecc., num. 844, 845, p. 857.
Non sono ammesse contro il possessore di una lettera di cambio le eccezioni che riguardano le eccezioni dei suoi cedenti (articolo 234), num. 846, p. 858.
Del non potere le *eccezioni personali* al possessore ritardare il pagamento se non in dati casi. Schiarimenti e tratti di procedura, num. 846 *bis*, p. 859.
Di casi nei quali può esser ammessa opposizione al pagamento della lettera di cambio (articolo 235), num. 847, p. 860.
Pagamento in caso di perdita della lettera di cambio. — Veduta generale del sistema del Codice, num. 848, p. 862.

Digitized by Google

Quali vie dee tenere il creditore per mettersi in grado di costringere il trattario al pagamento, num. 849, 850, 852, p. 862.
Azioni che in ogni caso spettano al proprietario della lettera perduta verso il trattario e il traente, num. 851, p. 865.
Prescrizione dell'obbligo del fideiussore, num. 852, p. 866.
Pagamenti fatti a conto, num. 854, p. 867.
Non si accordano dilazioni (articolo 243), num. 855, p. 868.
Pagamento per intervento. — Riassunto di temi trattati che conferiscono al presente soggetto, num. 856, 857, p. 868.
Se al creditore della lettera di cambio sia lecito negarsi alla cessione dei suoi diritti verso il pagamento spontaneo, num. 858, p. 870.
Il portatore della lettera di cambio soddisfatto da un terzo interveniente deve la garanzia del suo fatto personale, num. 859, p. 871.
Diritti e doveri del possessore. — Termine per le cambiali a vista, num. 860, p. 872.
Si deve esigere il pagamento nel giorno della scadenza (art. 247), num. 861, 862, p. 874.
Se il pagamento non è corrisposto, si deve fare il protesto. — V. **Protesto.**
Pegno. — Osservazioni preliminari, num. 635, p. 601.
Prova scritturale necessaria, dovendosi guarentire anche la ragione dei terzi, n. 636, p. 701.
Sviluppo della legislazione del pegno; aberrazioni ond'è uscita, num. 637, 638, p. 604.
Le forme ordinate al pegno commerciale sono applicabili ai negozi non solo fra presenti, ma eziandio fra assenti, num. 639, p. 604.
Forma. — Data. — E del pegno tacito, num. 640, p. 605.
Se il valore di L. 500 si riferisca alla *cosa data in pegno*, o alla *somma del credito*, numero 640 *bis*, p. 606.
Tradizione, requisito essenziale nel pegno. — Pegno incorporale, num. 641, p. 608.
Se avvenuto il fallimento del debitore, il pegno del credito convenuto in tempo non sospetto sia valido, non essendosi eseguita la notificazione che dopo la cessazione dei pagamenti. — Questioni, num. 642, 643, p. 609.
Specialità del pegno relativo a titoli commerciali. La legge ne considera due categorie; gli uni trasmissibili per via di girata, gli altri in altra forma, num. 644, p. 613.
Se il pegno di titoli cambiari possa effettuarsi senza girata, num. 645, p. 613.
Se e con qual effetto possano darsi in pegno titoli al portatore, num. 646, p. 614.
Titoli sociali e nominativi. — Del trapasso nei libri, num. 647, p. 614.
Il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata, (articolo 190).
Natura del possesso del creditore pignoratizio. Teoria del possesso civile, num. 648, p. 616.
Condizioni necessarie a stabilire il possesso pignoratizio nel creditore della merce in spedizione, num. 649, p. 618.
Della disponibilità costituente il possesso delle merci passanti per la dogana, o custodite in pubblici depositi, num. 650, p. 619.
Lettera di vettura o polizza di carico, la cui trasmissione può costituire possesso pignoratizio, num. 651, p. 620.
Nuovo esame delle relazioni fra il credito, la contemplazione del pegno e la cosa materiale che n'è il subbietto, onde costituire questo rapporto giuridico, num. 652, 653, p. 622.
Della disponibilità come carattere del possesso, e della indisponibilità come vincolo del possesso del pignoratario. Conciliazione di queste idee, num. 654, p. 624.
Diritto di *suppegno*, num. 655, p. 625.
Diritto del debitore di reluire il pegno. Teoria desunta dalle Leggi romane, n. 656, p. 627.
Applicazioni. Del pegno nominale. Distinzione fra pegno commerciale e civile, in quanto il secondo ha per soggetto effetti propriamente commerciali. — Se ed in qual caso il debitore, redimente il pegno, può ricuperarlo dal *primo* o *secondo* creditore, n. 657, p. 627.
Continuazione; anche rapporto ai giratari, num. 658, p. 629.
Cessione o comunicazione del privilegio fatta da commissionario ad altro commissionario; base del secondo pegno; e a quali condizioni il pegno o privilegio è transitivo, num. 659, 660, p. 630.
Può il pegno trasferirsi da una materia all'altra, e con esso il privilegio? num. 661, p. 632.
Del pegno e suppegno di cose mobili, num. 662, pag. 635.

Digitized by Google

Di alienazioni con abuso di fiducia. — Della universalità di mobili per alcuni effetti relativi al possesso, num. 663, p. 637.
Prescrizione delle azioni a ricuperare cose smarrite o derubate, num. 664, p. 638.
Della perdita del possesso e del conseguente privilegio pignoratizio, num. 665, p. 638.
Esame di alcune specie relative al possesso dei commissionari, num. 666, p. 639.
Diritti ed obblighi del creditore pignoratizio relativamente alla conservazione e realizzazione del pegno, num 667, p. 641.
Dell'*oppignoramento* giudiziale di cose mobili che stanno a garanzia di crediti; e dell'*oppignoramento* di crediti garantiti da *pegno*. Varie complicazioni, num. 668, p. 643.
Responsabilità del creditore pignoratizio, perdita e guasto delle cose ritenute, n. 669, p. 646.
Vendita della cosa giudiziaria data in pegno per mancanza di pagamento (articolo 192).
Abolizione del *patto commissorio nel pegno*, num. 670, p. 649.
Descrizione del procedimento, num 671, p. 650.
Inapplicabilità dell'art. 1884 del Codice civile al *pegno commerciale* (art. 195), n. 673, p. 656.
Lecito il patto dell'alienazione del pegno a prezzo di stima, num. 674, p. 657.
Prescrizione — Delle azioni *contro il commissionario o vetturale* per la perdita o avaria delle merci. — Le azioni d'indennità sono comprese in questa prescrizione, num. 311, p. 272.
Del momento nel quale comincia la prescrizione, num. 312, p. 273.
Necessaria la prova della spedizione. Delitti dei commissionari vetturali e agenti intermedi, num. 313, p. 274.
In quale altro caso il commissionario di trasporto non può allegare questa prescrizione, num. 314, p. 275.
Tale prescrizione può eccepirsi dal commissionario o vetturale di professione anche contro non commercianti, num 315, p. 275.
Prescrizione degl'interessi del conto corrente, num. 355, p. 310.
Prescrizione dell'*azione redibitoria* nella vendita commerciale, dal num. 378 al 381, pag. 333.
Estinzione della obbligazione solidale dei soci verso i terzi in forza di prescrizione quinquennale (articolo 172), num 591, p. 543.
La eccezione non è opponibile che ai terzi, non da socio a socio, num. 592, p. 543.
Non osta a questo diritto che non sia stata praticata liquidazione formale della società, num. 593, p. 544.
Non osta neppure che l'incaricato allo stralcio non sia un socio, num. 594, p. 545.
E il socio liquidatore mantiene distinte le due qualità all'effetto della prescrizione medesima, num. 595, p. 547.
La prescrizione corre anche contro le persone privilegiate, num. 596, p. 547.
Punto di partenza della prescrizione sotto varii aspetti considerato, num. 597, p. 548.
Il principio è applicabile anche al fatto di scioglimento parziale della società, n. 598, p. 549.
Dell'interrompimento della prescrizione, num. 599, p. 550.
La liberazione della obbligazione in solido (prescrizione) non ha luogo nel caso di fallimento (art. 173), n. 600, p 551.
Prescrizione delle azioni a ricuperare le cose smarrite o derubate, num. 664, p. 638.
L'obbligazione di chi si prestò fideiussore per lettera di cambio perduta si prescrive con cinque anni (articolo 241), num 853, p. 866.
Prescrizione delle azioni relative alle lettere di cambio, (articolo 282).
Fondamento razionale di questa prescrizione. Presunzione del pagamento, num. 921, p. 936.
Della natura particolare di tale presunzione in ordine al sistema generale, n. 922, p. 936.
Essere la prescrizione un rapporto privato, nè potersi alla non dedotta eccezione supplire d'ufficio, num. 923, p. 937.
Il credito dev'essere fondato nel titolo cambiario, num. 924, p. 938.
Decorrenza del termine della prescrizione, num. 925, p. 939.
Cause impedienti la prescrizione, num. 926, p. 940.
Della interruzione della prescrizione nel confronto degli statuti del Codice civile e del commerciale, num. 927, 928, p. 941.
Domanda giudiziale. — Sequestro, num. 928, p. 942.
Riconoscimento del debito. — Forma dell'atto, num. 929, 930, 931, p. 943.
La prescrizione quinquennale interrotta può esser seguita da un nuovo corso prescrittivo durevole trent'anni, num. 932, p. 944.

Digitized by Google

Varie applicazioni in materia di obbligazioni in solido, num. 933, p. 946.
Della sospensione della prescrizione, num. 934, p. 947.

Procedimento. — Quando alla revoca dell'autorizzazione a commerciare accordata a donna maritata o minore, si esige l'intervento del tribunale, num. 76, p. 85.
Procedura nei giudizi relativi alla presentazione, e compulsorie dei libri di commercio, n. 116, pag. 113.
Traccia di metodo processuale relativamente al giudizio che ha per iscopo la condanna dei pubblici mediatori alle penalità comminate dalla legge, num. 222, p. 192.
Come si procede quando trattasi di accertare e definire le avarie occorse in un trasporto, num. 309, p. 271.
Come si procede quando occorre invocare l'autorità del giudice *per convocare le assemblee generali* nelle società per azioni, num. 514, p. 456.
Come si procede quando sia d'uopo d'invocare l'autorità del giudice per surrogare i soci dissenzienti *nella nomina dello stralciario*, num. 573, p. 520.
Procedimento da osservarsi nella vendita giudiziaria del *pegno* per mancanza di pagamento, num. 671, p. 650.
Come si procede quando si domanda *cauzione per difetto di accettazione* della lettera di cambio, num. 775 *bis*, p. 784.
Cenni di procedura rapporto ai giudizi nei quali si oppongono *eccezioni personali contro i possessori delle lettere di cambio*, num. 846 *bis*, p. 859.
Procedimento da tenersi dal creditore per surrogare alla lettera di cambio perduta un documento efficace, num. 849, 850, p. 862.
Come si procede quando si tratta di fare il *sequestro* accordato dall'articolo 258 dopo il protesto per difetto di pagamento, num. 874, p. 887.

Proprietà industriale. — Coltivazione e commercio delle miniere, num. 46 a 49, p. 63.
Proprietà industriale, *artistica e letteraria*. — Le guarentigie della proprietà industriale, artistica e letteraria, il cui capitale è l'idea, sono accordate all'effetto di poterne disporre conservando i vantaggi materiali della riproduzione, num. 86, p. 91.
Brevetti d'invenzione e privative, num. 87, p. 92.
Dell'interesse e diritto di conservare i nomi personali dei fabbricatori apposti come enunciative e indicative dei prodotti e delle merci, num. 89, p. 95.
Eccezione laddove il nome, le indicazioni delle fabbriche e le marche siano cadute nell'uso pubblico, num. 90, p. 93.
Del nome dei luoghi e paesi dai quali origina il prodotto o la merce, num. 91, p. 94.
Di altri segni o distintivi dell'oggetto esposto in commercio; del loro carattere necessario o arbitrario; della loro aderenza materiale all'oggetto medesimo, num. 92, p. 94.
Del diritto d'insegna, num. 93, p. 95.
Cessione dei diritti della proprietà industriale, num. 94, 95, p. 96.
Intorno al diritto di proprietà letteraria. — Autore ed editore. — Obblighi e diritti reciproci, num. 96 a 99, p. 98.
Cenno sulla proprietà artistica, num. 101, p. 100. — V. **Miniere**.

Protesto. — *Per mancanza d'accettazione*. — Atto che prova il rifiuto d'accettazione (art. 206).
Mezzo unico, insurrogabile, num. 772, p. 782.
Delle azioni che possono competere al portatore della lettera di cambio contro il trattario che si rifiuta all'accettazione, num. 773, p. 782. — V. **Accettazione**.
Rispondendo il trattario in modo equivoco, si ha diritto di elevare il protesto? num. 782, pag. 792.
Necessità del protesto nel caso di accettazione per intervento, num. 795, 796, p. 806.
Protesto per mancanza di pagamento. — Meno il caso in cui il possessore della cambiale abbia ottenuto condanna contro i coobbligati, egli non può mai dispensarsi dal protesto, num. 863, p. 875.
Quando il trattario che ha accettata la lettera di cambio fallisce prima della scadenza, si può protestare ed esercitare l'azione del ricorso. Illustrazioni all'articolo 249, num. 864, 865, p. 876.
Il protesto che susseguе al fallimento non dispensa dal fare il protesto per mancanza di pagamento, n. 866, p. 877.
Eccetto impedimento per forza maggiore, num. 867, p. 877.

Digitized by Google

Forme degli atti di protesto. — Cenni storici, num. 873, p. 890.
Competenza del diritto di protesto, num. 876, p. 890.
Indicazione dei luoghi ove devo farsi il protesto, che generalmente parlando è il luogo del pagamento, num. 877, p. 892.
Se il trattario ha cangiato residenza, dichiarando il luogo ove si è trasferito. — Dell'ultimo domicilio conosciuto, num. 878, p. 892.
Se una lettera di cambio è pagabile in una città diversa da quella ove abita il trattario, non essendo nè da lui, nè dal traente indicato il luogo del pagamento, num. 879, 880, p. 893.
Del domicilio reale e del domicilio personale della lettera di cambio per effetto del pagamento e del protesto. — La sede dei corpi commercianti equivale alla residenza dell'individuo, num. 881, p. 895.
Dei bisognatari. — L'indicazione del bisogno appartiene forse al solo traente, o anco ai giranti? Se interpellati i bisognatari, per ognuno occorra un atto di protesto, num. 883, p. 897.
Bisogno *presso se medesimo*, num. 884, p. 898.
Ordine delle interpellazioni fra le persone indicate a pagare, occorrendo, num. 885, p. 899.
Atto di perquisizione (articolo 259), num. 886, p. 900.
Forme istrumentarie dell'atto di protesto, num. 887, 888, p. 901.
Della nullità degli atti di protesto, num. 889, p. 904.
Niun atto può supplire al protesto (articolo 261), num. 890, p. 906.
Obbligazioni dei notai ed uscieri (articolo 262), num. 891, p. 907. — V. **Lettera di cambio.**

Provvista di fondi. — Essenza della *provvista* nei rapporti fra traente e trattario. — *Materia.* — *Destinazione*, num. 753, p. 760.
Provvista nei rapporti del traente e del portatore della cambiale, num. 754, p. 762.
Teorica del diritto di provvista nei moltiplici rapporti degli interessati, num. 755, p. 763.
Esame del principio — *l'accettazione suppone la provvista.* — Al trattario accettante incombe la prova negativa. Mezzi di prova, num. 756, 757, p. 763.
Abuso di rinnovazione dei recapiti cambiari; conseguenze anche sotto l'aspetto della provvista, num. 758, p. 766.
Provvista dei fondi fatta dal traente nel luogo terzo ove la cambiale doveva esser pagata, num. 759, p. 767.
Il *traente per conto*, responsabile verso terzi, come sia disobbligato verso l'accettante, n. 759, pag. 767.
Non si ammette che il trattario possa con effetto aggiungere nell'accettazione la riserva di agire contro il traente per conto, num. 760, p. 769.
In niun caso il possessore di una lettera di cambio protestata ha diritto *sulla provvista fatta dal traente al trattario* (articolo 204).
Questo che può chiamarsi *sistema italiano* è razionalmente giustificato nei num. 762, 763, 764, p. 770.
Come la disposizione ha avuto principalmente in mira di provvedere all'*interesse dei creditori* del trattario fallito, sono esaminate alcune speciali contingenze nel num. 765, p. 774.
Della rivendicazione della provvista dopo il fallimento del trattario, num. 766 p. 775. — V. **Lettera di cambio** e **Accettazione.**

R

Ricambio. — Il ricambio si opera per mezzo della rivalsa (articolo 263).
Carattere e scopo della rivalsa, num. 892, p. 908.
La rivalsa non esclude l'esercizio delle azioni di ricorso; ed è prudente di non trascurarle, num. 893, p. 909.
Se il girante che ha rimborsato con questo mezzo la lettera di cambio possa a sua volta esercitare la rivalsa contro il suo girante rispettivo, e così di seguito, num. 894, p. 910.
L'accettazione della nuova lettera di cambio non induce novazione, num. 894, p. 910.
Della unicità del ricambio, e della sua giustizia, num. 896, p. 911.
Delle varie interpretazioni generate dall'equivoca locuzione della legge rapporto alla misura

Digitized by Google

del ricambio che si esercita contro i giranti; e si propone la soluzione, num. 897, 898, pag. 912.
Limitazioni che in alcune ipotesi si presentano alla regola dell'unico ricambio, num. 899, pag. 914.
Conto di ritorno. Certificato che deve accompagnarlo quando la rivalsa sia fatta sopra alcuno dei giranti, num. 900, p. 916.
Cumulo dei ricambi. — Certificati relativi. — Misura dei ricambi rimpetto al traente, numero 901, p. 916.
Elementi del conto di ritorno, num. 902, p. 917.

NB. — Per errore non è stato riportato a quella pagina il n. 902 al capoverso *Ora vediamo*, ecc.

Effetto della convenzione — *senza conto di ritorno*, num. 903, p. 918.
Dell'interesse del capitale della lettera di cambio protestata. Diverso modo di decorrenza, num. 904, p. 918.

S

Scadenza della lettera di cambio, num. 801, 802, 803, p. 812 e seg.
Sensali. — Cenni storici, num. 149, p. 140.
Esercizio facoltativo dei pubblici sensali nella estensione della piazza alla quale sono addetti. Limiti di tale designazione, num. 150, p. 141.
Se un mediatore legittimo incaricato ad unico negozio, che però bisogna trattare in diverse piazze, possa in quelle continuare l'esercizio del suo ministero, num. 151, p. 141.
Come non si offenda il privilegio dei sensali del luogo incaricando un sensale di altra città per trattare un negozio ove non è ammessa la senseria ufficiale, num. 151 *bis*, p. 142.
Concorrenza illecita coi commissionari o con altri organi del commercio, n. 152, 153, p. 143.
L'art. 38 non contiene tutti i fatti di commercio; ne rimangono esclusi dei principali. Motivi che possono addursi, num. 154, p. 143.
Sensali di merci — Loro attribuzioni, num. 155, 156, p. 144.
Dei sensali di assicurazione, num. 157, 158, 159, p. 145.
Sensali di noleggi — *Sensali interpreti* in Francia. — Miglioramenti portati dai Codici di commercio italiani, e soprattutto dal presente in questa materia, n. 160 a 163, p. 147.
Oggetto precipuo della legge. Necessità giuridica delle sentenze di scegliere periti traduttori dalla categoria dei *periti interpreti*, num. 164, p. 149.
Protezione che la legge nostra accorda al *capitano* straniero che sbarca sui nostri lidi e ha bisogno d'interprete e di guida, num. 165, 166, p. 149.
Sensali di trasporti, num. 167, p. 151.
Cumulazione delle funzioni di agente di cambio e di sensale, num. 168, p. 151.
Dei sensali che non sono pubblici mediatori, e non hanno carattere ufficiale, num. 226, 227, pag. 195.
Sequestro. — Diritto di sequestro competente ai creditori cambiari, num. 874, pag. 887. — V. **Procedimento.**
Società in generale. — Studi comparativi della società civile e commerciale, num. 392 a 395, pag. 346.
Generalità intorno a quegli istituti sociali che la legge considera enti collettivi e separati rispetto ai terzi, num. 396, p. 349.
Della sede sociale, num. 397, p. 350.
Formalità per mutamento di sede e domicilio sociale, num. 398, p. 351.
La sede appartiene alla società: ente collettivo, num. 399, p. 352.
Competenza territoriale derivante dalla costituzione della sede sociale, num. 400, p. 352.
Niuno è socio in società *personale* se non ebbe il passaporto delle formalità legali, num. 401, 402, 403, p. 354.
Obbligazioni del *nuovo socio*, num. 404, p. 356.
Dei creditori personali di un socio, num. 405, p. 357.
L'associato del socio non ha alcun rapporto giuridico colla società (articolo 111).
Delle sorgenti da cui è tratto questo canone; delle attinenze giuridiche fra socio ed associato, e del socio rimpetto alla società pei fatti di quest'ultimo, num. 406, p. 358.

Digitized by Google

Differenza fra cedere i diritti e le azioni e la posizione di socio e l'associare altra persona al proprio interesse, num. 407, 408, 409, p. 359.
Forme dei contratti di società. — Per iscritto (articolo 155).
Appunti storici, num. 524, 525, p. 469.
I terzi possono opporre la eccezione della società esistente, benchè non risulti dallo scritto, num. 526, 527, p. 470.
Decreto Regio autorizzante la società in accomandita per azioni, e l'anonima (articolo 156), num. 528, p. 472.
Operazioni che possono aver luogo nell'intervallo, num. 529, 530, p. 473.
Oggetto dell'autorizzazione governativa, e quando sia operante, num. 531, pag. 475.
Prova testimoniale non ammessa, num. 533, p. 475.
Formazione e pubblicazione dell'*Estratto* (articolo 158, ecc.
Osservazioni relative, num. 533, p. 478.
Obbligo di pubblicare la mutazione e recesso dei soci, ecc. (articolo 163).
Estensione e limiti di quel disposto. — Riduzione di capitale. — Recesso di soci, num. 534, 535, p. 480.
Scioglimento prima del termine: necessario a pubblicarsi, num. 536, p. 481.
Se al difetto di pubblicazione possa supplire la scienza, num. 538, p. 482.
Risoluzione della società riguardo ai terzi, per inosservanza di forme (art. 165), n. 539, p. 486.
Dei creditori personali dei soci, e dei creditori della società, e di diritti che loro possono competere per oppugnare la esistenza di una società irregolare nella forma, num. 540, 541, 542, pag. 487.
Facoltà di recedere data al socio dall'articolo 165 — non giova a liberarlo dagli impegni antecedentemente contratti, num. 544, p. 489.
Non essendo stabilita la società con atto avente data certa, *gli utili* di una società che l'erede aveva col defunto, si riportano alla successione, num. 543, p. 488.
Riflessi speciali agli atti di *pubblicazione*, num. 545, 546, 547, p. 490.
Scioglimento e liquidazione della società (articolo 166).
Prospetto generale dell'articolo, num. 548, p. 495.
Tempo, num. 549, p. 495.
Mancanza e cessazione dello scopo: impossibilità di conseguirlo (articolo 116).
Studi sull'art. 1731 del Codice civile nelle sue relazioni col presente disposto, num. 550, 551, 552, p. 496.
Scopo mancato o cessato, ecc., num. 553, p. 500.
Perenzione della cosa che il socio deve conferire: ulteriore sviluppo del detto articolo 1731, num. 554, p. 501.
Varii modi d'inadempimento: cause della soluzione della società, num. 555, p. 501.
Scioglimento per compimento dell'impresa, num. 556, p. 502.
Scioglimento per morte, interdizione, ecc. (articolo 166, num. 4).
Ampliazione del concetto moderno, num. 557, p. 502.
Continuazione negli eredi, num. 558, p. 503.
Ragione della discretiva portata dal detto § dell'articolo 166, num. 559, p. 504.
Quando *l'amministrazione è un elemento organico della società*, si esamina la facoltà che possono avere i soci dopo la morte dell'amministratore di nominarne un altro e di conseguenze riguardanti gli eredi di lui, num. 560, 561, p. 505.
Se il *fallimento del socio* prosciolga la società, num. 562, p. 508.
Società nuova — o continuazione — considerata rimpetto ai creditori del fallito che mantengono le imprese in corso, num. 565, p. 510.
Di varie questioni che sono a vedersi nella feconda combinazione che i creditori del fallito proseguano la società che col fallito avevano, num. 566, p. 511.
Rinuncia a società di tempo illimitato, num. 567, 568, 569, p. 513.
Liquidazione della società finita. — Variazioni del diritto. La società in liquidazione mantiene il suo carattere di ente collettivo, distinto dalla persona dei soci rimpetto ai terzi, num. 570, p. 517.
Gli amministratori non possono fare nuove operazioni, num. 571, p. 519.
Il consenso di tutti i soci deve concorrere alla nomina dello incaricato allo stralcio. Consuetudine. Autorità dello statuto sociale, num. 572, p. 520.

Digitized by Google

Autorità giudiziaria, in quanto surroga il consenso dei soci, num. 574, p. 523.
Poteri del liquidatore o incaricato allo stralcio. — Generali, num. 574, p. 523.
Poteri speciali, facoltà e rappresentanza, num. 575, p. 523.
Gl'incaricati allo stralcio non possono compromettere nè transigere senza autorizzazione, num. 576, p. 525.
Forma dell'atto di autorizzazione. num. 577, p. 526.
Se gl'incaricati allo stralcio possano vender gl'immobili della società, ipotecare, girare effetti commerciali; prendere a prestito, num. 578, 579, p. 528.
Regole direttive delle operazioni dello stralcio, num 580, p. 530.
Pagamenti eseguiti dal liquidatore ad oggetto dello stralcio.
Partizione dell'asse sociale. — Diverse ipotesi, quesiti e soluzioni, num. 582, p. 531.
Dell'*elemento industriale* nella liquidazione, num. 583, p. 533.
Questioni di privilegio e prevalenza nella distribuzione dell'asse sociale, num. 584, p. 533.
Assegnazioni immobiliari. Ipoteche, num 585, p. 534.
Come possano aver applicazioni, rispetto alle divisioni sociali, i principii dedotti dagli articoli 1034 e 1736 del Codice civile, num. 586, 587, p. 536.
Della garanzia reciproca degli assegnatari, num. 588, p. 540.
Delle cose indivisibili, num. 589, p. 541.
Carattere dell'amministrazione dello stralcio, Revoca degli incaricati, num. 590, p. 541.
Estinzione della obbligazione in solido. — V. **Prescrizione**.
Delle azioni degl'incaricati allo stralcio che hanno pagati coi propri danari debiti della società, num. 601, pag. 552.
Esame della Legge francese del 24 luglio 1867, *Sulle Società — Appendice,* p. 588.
Società in nome collettivo. — Analisi della *Ragion sociale,* num. 410, 411, p. 361.
Dei soci che non fanno parte della ragion sociale; diverse ipotesi e quesiti, n. 412-414, p. 362.
Del principio ed esercizio della solidarietà nelle società di questa natura, num. 415, p. 366.
Dei firmatari eletti nella costituzione sociale, num. 416, p. 367.
Del potere amministrativo in generale, num. 417, p. 368.
Delegazione della firma sociale, num. 418, p. 369.
Differenza che passa fra la nomina del firmatario amministratore fatta nell'atto costitutivo della società o in atto posteriore, num. 419, p. 370.
Dei crediti del socio amministratore in seguito della sua gestione, num. 420, p. 370.
Comunicazione degli obblighi e degli acquisti fatti dal gerente sotto diversi aspetti: esame di dottrine, e sistema, num. 421, 422, 423, p. 371.
È inibito ai soci di prendere interesse in altre società, aventi lo stesso oggetto (articolo 115).
Identità dell'oggetto; difficoltà di stabilirlo per quelle società che non hanno oggetto determinato, num. 424, 425, p. 375.
Presunzione del consenso dei consoci; quando abbia luogo, num. 426, p. 377.
Operazioni per conto proprio o di un terzo, num. 427, p. 378.
Dei pagamenti riscossi in nome particolare; se e quando siano conferibili in società, numero 428, p. 379.
Azioni nascenti dalla infrazione dei detti obblighi, num. 429, 430, p. 380.
Quanto alle forme, V. **Società in generale**.
Società in accomandita semplice. — Notizie storiche dell'accomandita, num. 431, p. 382.
Della costituzione della società in accomandita, e della sua personalità giuridica sotto l'influsso della *ragion sociale,* num. 432, p. 384.
Concetto complesso delle società in accomandita, num. 433, p. 384.
Posizione dei soci da determinarsi dallo statuto, num. 434, p. 385.
Società mista — di collettivo o di accomandita (art. 119), num. 435, p. 386.
L'accomandante non è soggetto a perdita che fino alla concorrenza del capitale che ha messo o doveva mettere nella società (articolo 121).
Capitali, valori, num. 436, p. 387.
Azioni dei creditori della società per costringere i soci accomandanti a versare le loro quote, num. 437, 438, p. 388.
Serietà, realtà e permanenza del concorso dell'accomandante, num. 439, p. 390.
Del socio accomandante non commerciante, e nonostante soggetto a tutte le responsabilità di questa condizione, num. 440, p. 391.

Digitized by Google

Il socio accomandante non restituisce gli interessi dei capitali e gli utili percetti in buona fede, num. 441, 442, 443, p. 392.
Quid se non ha ritirato il suo dividendo, lasciandolo invece in cassa a figura di conto corrente? num. 443, p. 394.
Patto di pagare il capitale d'importazione in rate, con clausola di decadenza, n. 445, p. 396.
Socio accomandante quanto all'amministrazione. — V. **Amministrazione**.
Del socio moroso nel conferimento del quoto sociale, num. 459, 460, p. 409.
L'esclusione del socio non produce lo scioglimento della società. Osservazioni critiche sull'articolo 125, num 461, p. 410.
Dei fatti dei quali non è responsabile il *socio escluso*, num. 462, p. 411.
Il socio escluso rimane esposto per le obbligazioni anteriori al suo ingresso nella società; con quali riserve, num. 463, p. 412.
Se abbia diritto ai lucri percipiendi dai capitali, a costituire i quali concorsero le obbligazioni di cui rimane responsabile, num. 464, p. 413.
Il socio escluso ha diritto di ritirare i capitali effettivamente immessi nella società, num. 465, pag. 413.
Non escluso a titolo d'ingerenza, non è tenuto ai debiti della società, num. 466, p. 414. — V. **Società anonime**.

Società in accomandita per azioni. — Della divisione del capitale in azioni od altro. — V. **Azioni**.

Società anonima. — Generalità. Importanza delle società anonime, num. 476, p. 423.
In chi risiede l'amministrazione, num. 477, p. 423.
Competenza dell'azione a chieder il rendiconto della gestione e dell'autorità dell'assemblea, num. 478, p. 424. — V. **Amministrazione**.
Il capitale della società anonima si divide per azioni (articolo 131), num. 481, p. 427.
Nelle società divise per azioni. — Responsabilità dei promotori, num. 482, p. 428.
Conferimento sociale, num. 483, p. 430.
Diritto dei promotori, num. 484, p. 430.
Condizioni per la costituzione della società. — Soscrizione di quattro quinti del capitale sociale, ecc. (articolo 135).
Formola di consuetudine, num. 485, p. 431.
I capitali possono esser dati in proprietà o a semplice godimento. — Questioni che ne risultano, num. 486, 487, p. 431.
Del rischio e pericolo della società in quanto sia costituita di corpi certi e determinati, o di cose fungibili, num. 488, p. 434.
Del prezzo delle cose fungibili da restituirsi, num. 489, p. 436.
Non potersi accettare *titoli al portatore* sinchè non sia versato il capitale sociale (art. 135), num. 490, p. 437.
Della discussione e approvazione dello *statuto sociale*. — Accettato in prevenzione lo statuto sociale da ogni segnatario di azioni, potrà riformarsi in assemblea generale? — Deliberandosi lo statuto nell'assemblea generale, è necessario il voto unanime degli azionisti? n. 491, pag. 438.
È pur necessario il voto unanime per nominare un amministratore? num. 492, pag. 439. — V. **Amministrazione**.
Gli azionisti sono soggetti soltanto alla perdita del montare delle loro azioni, n. 499, p. 444.
Dividendi sociali. — I dividendi sono gli utili realmente conseguiti (articolo 141).
Interessi che vengono nel dividendo, e condizioni per cui sono pagabili e non restituibili in verun caso, num. 500, 501, 502, p. 445.
Le prestazioni industriali possono esser premiate con azioni di capitale. — Il dividendo è definitivo anche per le azioni industriali. Gli interessi non sono dovuti che alle azioni paganti, num. 503, p. 447.
Scioglimento della società anonima per diminuzione del capitale sociale. — Assemblea generale, se possa riformare i propri statuti; se possa imporre l'aumento del capitale sociale, num. 504, p. 448.
Sul primo quesito, num 505, 506, p. 448.
Delle società a capitale variabile, num. 507, p. 450. — V. **Associazioni**.
Quando è che il capitale è divenuto insufficiente, num. 508, p. 451.

Digitized by Google

Dei vari sistemi preordinati negli statuti per sopperire alla diminuzione del capitale, ecc., num. 509, p. 452.
Se la diminuzione del capitale è verificata. Conseguenze, num. 510, p. 453.
Vietata la retrocessione delle azioni. Proposta di temperamenti, num. 511, p. 453.
Convocazione dell'assemblea generale, num. 512, p. 455.
Assemblee straordinarie, num. 513, p. 456.
Intervento dell'autorità giudiziaria quando gli amministratori non si prestino ad ordinare la convocazione, num. 514, p. 456.
Gli azionisti possono farsi rappresentare nelle assemblee generali. — Facoltà della votazione, num. 515, p. 458.
Riassunto di regole sulla validità dei giudizi delle assemblee generali, num. 516, p. 458. — V. **Azioni**.
La *società anonima* è suscettiva di cadere in fallimento, num. 563, 564, p. 508.

Socio. — V. **Società**.

Solidarietà. — Fondamenti della solidarietà commerciale, num. 319, 320, 321, p. 279.
Della solidarietà nella fideiussione, num. 322, 323, p. 282.
Il fideiussore solidale può essere convenuto senza interpellare il debitor principale, n. 323, pag. 283.
Solidarietà concernente i soci in nome collettivo, num. 415, p. 366.
Solidarietà, base fondamentale del sistema cambiario, num. 823, p. 837.
Limitazione rapporto al girante, rapporto al possessore della lettera di cambio che ha pregiudicate le azioni che doveva cedergli, num. 824, p. 838.
Come giranti mantengano *qualità fideiussoria*, anzichè di debitori principali: conseguenze, num 825, p. 840.
Clausola *senza garanzia — non all'ordine*, num. 826, p. 840.

Star del vedere. — Caratteri di questa convenzione addietta ad una commissione, num. 265, p. 22. — V. **Commissionario**.

T

Telegrafo. — V. **Corrispondenza**.

U

Utili sociali — Le quote di utili percette dal socio accomandante in buona fede non si restituiscono, num. 441, 442, 443, p. 312.
Utili. — Dividendi delle società per azioni, num. 500, p. 445.

V

Vendita. — La vendita della cosa altrui è ritenuta valida in commercio; sapienza di questa legislazione; effetti pratici, num. 360, 361, 362, p. 314.
Vendita a prezzo non determinato, e come sia determinabile in tempo posteriore, num. 363, 364, p. 317.
Vendita senza termine al pagamento del prezzo, num. 365, p. 319.
Merci vendute per quantità, specie e qualità, non indicato il corpo, num. 365, p. 321.
Certezza della cosa e del prezzo nella vendita in massa *per aversionem* a continente noto e limitato; esame della teoria nell'aspetto speciale al commercio, e dei suoi effetti anche rapporto al pericolo, num. 366 a 369, p. 321.
Raccolta di regole relative alle cose vendute nei contratti che ricorrono più frequenti in commercio. Vendita di merci che sono in viaggio. Osservazioni esegetiche, num. 371, pag. 328.

Digitized by Google

Tre forme di vendita marittima; 1ª a condizione sospensiva; 2ª a mercato definitivo; 3ª a mercato fermo. Esame di codesti rapporti, num. 372, 373, 375, p. 327.
Esame di una specie desunta da vendita marittima, num. 374, p. 329.
Seguitando a parlare di vendita marittima in relazione agli articoli 102, 103, vengono in vista tre combinazioni: 1° che la vendita sia sospesa per condizione casuale o protestativa espressa; 2° che la vendita sia perfetta, non risolubile; 3° che sia contratta sotto la clausola di *mercato fermo*, num. 376, 377, p. 331.
Azione redibitoria pei vizi occulti. — Vizio *assoluto e relativo*, num. 378, 379, p. 333.
Prescrizione, num. 380, 381, p. 334. — V. **Contratti commerciali.**
Vetturale o Vettore. — V. **Commissari di trasporti.**
Il vetturale risponde della perdita e delle avarie delle cose che trasporta, quando non dipendano da vizio intrinseco, da caso fortuito o da forza maggiore (articolo 82).
L'azione si estingue per lo ricevimento e il pagamento del prezzo di trasporto.
Sono condizioni copulative; il pagamento dev'essere posteriore, num. 302, p. 264.
Diritto di verificazione quanto alle avarie, num. 303, p. 264.
Modi di pagamento del prezzo di trasporto. Diverse posizioni giuridiche che ne risultano, num. 304, p. 265.
Della frode, num. 304 *bis*, pag. 266.
Facoltà provvidenziali attribuite al magistrato, num. 305, p. 267.
Privilegio del vetturale, num. 306, p. 267.
Competenza e procedura, num. 307, 308, 309, p. 269.

8 OTT 1880

Digitized by Google

Prezzo L. 16.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google